

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

Quentin SUCAU

le 10 novembre 2021

**La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en
difficulté**

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche: **CDA (EA 780)**

Directrices de thèse Mme Marie-Hélène MONSERIE-BON
Mme Francine MACORIG-VENIER

JURY

Rapporteurs Mme Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, Rapporteuse
M. Arnaud LECOURT, Rapporteur

Suffragants Mme Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Examinatrice
M. Gérard JAZOTTES, Examineur

**La participation de l'associé au sauvetage de
l'entreprise en difficulté**

L'université Toulouse 1 Capitole n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser toute ma gratitude à ma directrice de thèse, le professeur *Monsèrié-Bon*, pour ses précieux conseils, sa disponibilité, mais aussi pour son soutien. Qu'elle veuille bien trouver en cette thèse l'expression de ma profonde reconnaissance.

Mes remerciements vont également au professeur *Macorig-Venier* qui a accepté de codiriger cette thèse.

Il me faut ensuite remercier tous mes amis qui m'ont accompagné tout le long de ces années universitaires passées à Montauban et à Toulouse.

Ce travail n'aurait pu arriver à son terme sans le soutien indéfectible de ma famille. *Charlie S.*, *Catherine L.*, *Thierry S.*, *Émilie L.*, *Georgette S.*, merci pour vos encouragements et pour votre aide.

Mes derniers remerciements s'adressent avec amour et affection à *Marlène R.* La réalisation de cette thèse n'aurait pas pu être possible sans ta présence, ta patience et ton soutien indéfectible.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.J.C.A	Actualité juridique contrats d'affaires
Act. Prat. Ing. Soc.	Actes pratiques. Ingénierie sociétair
Act. Proc. Coll.	Lettre d'actualité des procédures collectives
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Anc.	Ancien
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. Nat.	Assemblée nationale

Bibl. Dr. Com.	Bibliothèque de droit commercial
BJB	Bulletin Joly Bourse
BJE	Bulletin Joly Entreprise en difficulté
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. Civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin mensuel d'information des sociétés

C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code commerce
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CGI	Code général des impôts
C. Mon. Fin.	Code monétaire et financier
C. Pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civil
c/	contre
chron.	Chronique
ch.	Chambre
Cah. Dr. Entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation Chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation Chambre commerciale

Cass. Crim.	Cour de cassation Chambre criminelle
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Contra	Solution contraire
CEE	Communauté économique européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	Confer
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Collab.	Collaboration
Comm.	Commentaire
Conc.	Concours
Concl.	Conclusions
CJFI	Courrier juridique des finances et de l'industrie

D.	Recueil Dalloz
D. Affaires	Recueil Dalloz édition « affaires »
D. Aff	Droit des affaires
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. Sociétés	Droit des sociétés
D.	Décret
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Sous la direction
Doctr.	Partie « Doctrine » de certaines revues
Dr.	Droit
Dact.	Dactylographiée
déc.	Décision
dir.	Sous la direction de

éd.	Édition ou éditeur
ét.	Étude

Fasc.	Fascicule
--------------	-----------

Gaz. Pal.	Gazette du Palais
------------------	-------------------

Ibid. Ibidem (même ouvrage)
In Dans
Infra Ci-dessous

Juris. Cl Jurisclasseur
JCP JurisClasseur périodique (semaine juridique)
JCP éd. E JurisClasseur périodique édition « entreprise »
JCP éd. G JurisClasseur périodique édition « générale »
JCP éd. N JurisClasseur périodique édition « Notariale et immobilière »
JO Journal officiel de la République française
Jur. Jurisprudence

L. Loi
LEDC L'essentiel droit des contrats
LEDEN L'essentiel du droit des entreprises en difficulté
L.G.D.J. Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA Les petites affiches

N° Numéro
Not. Notamment

obs. Observations
Ord. Ordonnance

p. Page
préf. Préface
PUAM Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF Presses Universitaires de France

QPC Question prioritaire de constitutionnalité

R.	Règlement
Rec.	Recueil
Réf.	Référence
Req.	Requête
Rev.	Revue
RD banc. Fin.	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDC	Revue des contrats
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RD rur.	Revue de droit rural
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJF</i>	Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
Rép. D. Com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. D. Soc.	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
Rép. D. Pén et Proc.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
<i>Rev. Fid.</i>	Revue fiduciaire
<i>Rev. Gén. Dr. Com.</i>	Revue générale de droit commerciale
<i>Rev. Jur. Com</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>Rev. Proc. Coll.</i>	Revue des procédures collectives
<i>Rev. Sociétés</i>	Revue des sociétés
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDF	Revue trimestrielle de droit financier

S.	Recueil Sirey
s.	Suivants
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
Sté.	Société
Suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Ci-dessus

Th.	Thèse
Trib.	Tribunal

T. Adm. Tribunal administratif
T. Com. Tribunal de commerce
T. Tome

V. Voir dans le sens de « à consulter »
Vol. Volume

SOMMAIRE

Première partie - Les manifestations de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

Titre I - Le sauvetage de l'entreprise par la participation financière de l'associé

Chapitre I - La participation de l'associé par la libération de l'apport

Chapitre II - La participation de l'associé par la reconstitution des capitaux propres

Titre II - Le sauvetage de l'entreprise par la participation de l'associé à la reprise interne de la société

Chapitre I - La participation de l'associé par l'adoption d'une augmentation du capital social

Chapitre II - La cession forcée des titres de l'associé vecteur du sauvetage de l'entreprise

Deuxième partie - L'analyse de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

Titre I - Les fondements de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

Chapitre I - Les difficultés de l'entreprise comme fondement de la participation de l'associé

Chapitre II - L'aménagement des obligations et des devoirs de l'associé comme fondement de sa participation

Titre II - La qualification juridique de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

Chapitre I - L'obligation de participer financièrement au sauvetage de l'entreprise

Chapitre II - Le devoir de participer par son droit de vote au sauvetage de l'entreprise

Troisième partie - L'extension mesurée de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

Titre I - La préconisation d'une extension de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

Chapitre I - L'implication souhaitable de l'associé créancier dans le sauvetage de l'entreprise

Chapitre II - La nécessité de contraindre l'associé à adopter un *coup d'accordéon*

Titre II - Les limites à l'extension de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

Chapitre I - L'associé créancier uniquement incité à participer au sauvetage de l'entreprise

Chapitre II - L'associé uniquement incité à participer au sauvetage de l'entreprise par de nouveaux apports

Introduction

« D'abord quelque peu oubliés dans les grandes réformes des années 1980, les associés sont désormais entrés dans la lumière, mais une lumière éblouissante puisque les dernières réformes ont braqué les projecteurs sur eux et sur la nécessité de les impliquer complètement dans le sauvetage des entreprises »¹.

1. Le droit des sociétés en difficulté mis à l'épreuve par la crise de la Covid-19. La crise liée à la pandémie de la Covid-19 a pour l'instant épargné les entreprises, mais cette situation semble *« paradoxale et précaire »*². Les aides octroyées par l'État ont pleinement joué leur rôle, en amortissant l'impact de la crise sur les entreprises. En 2020 une diminution de 37,5% du nombre d'ouverture des procédures collectives a été observée. Derrière ces chiffres vertueux se cache une autre réalité économique³, laquelle risque de se révéler prochainement par une explosion des défaillances d'entreprises, lorsque les dispositifs d'aides aux entreprises cesseront⁴. Les données publiées par le cabinet Altarès démontrent déjà une légère augmentation des procédures collectives en cours depuis le mois de mars 2021⁵. Afin d'éviter

¹ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les associés », in MACORIG-VENIER (F.)(Dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, 2017, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 103.

² 3^{ème} édition du Bilan National des entreprises des greffiers des tribunaux de commerce. Les entreprises largement épargnées par la crise en 2020 : une situation paradoxale et précaire, publié le 28 janvier 2021. V. également en ce sens : PROUX (F.), « Activité économique : une explosion des défaillances des entreprises pourrait-elle être évitée ? », JCPmedia pour Localtis, Développement économique, Emploi, publié le 28 janvier 2021.

³ Pour des chiffres concernant l'incidence de la crise sanitaire sur l'organisation et l'activité des sociétés : « L'impact de la crise sanitaire sur l'organisation et l'activité des sociétés », Insee Première, n°1830, Décembre 2020.

⁴ La présidente du conseil national des greffiers des tribunaux de commerce précise en ce sens que : « *Si nous pouvons nous féliciter d'avoir remporté une première bataille contre la vague de défaillances qui s'annonçait, le chemin que nos entreprises vont désormais devoir tracer s'annonce des plus périlleux* » (3^{ème} édition du Bilan National des entreprises des greffiers des tribunaux de commerce. Les entreprises largement épargnées par la crise en 2020 : une situation paradoxale et précaire). Sur l'efficacité de la stratégie de soutien à l'économie du gouvernement et le risque d'une augmentation considérable des procédures collectives : V. ZAPALSKI (E.) « Défaillances d'entreprises : premiers signaux d'alerte depuis la mi-mars », JCPmedia pour Localtis, Développement économique, Covid-19, publié le 15 avril 2021 ; PROUX (F.), « Le risque d'une déferlante de procédures judiciaires au printemps 2021 se confirme », JCPmedia pour Localtis, Développement économique, Emploi, Covid-19, publié le 24 novembre 2020.

⁵ Même si les chiffres de la défaillance des entreprises restent encore relativement bas au regard des chiffres de 2020, 32% d'ouverture de redressement judiciaire en moins, 17% de procédure de sauvegarde en moins, on note un rebond depuis mars 2021 (PROUX (F.), « Impact de la crise : des radiations d'entreprises en forte hausse et des défaillances toujours en baisse », JCPmedia pour Localtis, Développement économique, Emploi, publié le 8

cette situation, la stratégie sera alors de « *synchroniser le désengagement de l'État au fur et à mesure de la reprise économique* »⁶. Néanmoins, toutes les entreprises ne seront pas épargnées. Dans la mesure où les sociétés représentent la plupart des moyennes et grandes entreprises commerciales et industrielles⁷, l'étude de l'émergence d'un « *Droit des sociétés en difficulté* », étudié sous le prisme de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, présente un réel intérêt au regard de l'actualité.

2. Avant de proposer une analyse d'ensemble sur cette participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, il conviendra au préalable de définir son périmètre (§I), avant de s'attacher à démontrer l'intérêt scientifique de cette démarche (§II) puis de définir la méthodologie employée (§III), pour enfin en donner une problématique et un plan (§IV).

§I - Identification de l'objet

3. Si le droit des sociétés fera quelques apparitions dans la thèse, il n'en est point le principal objet d'étude. Il est pourtant intéressant de constater que lui non plus n'épargne pas l'associé (A). De même, l'évolution historique du droit des entreprises en difficulté, ainsi que l'analyse des législations étrangères et du droit européen, devront être appréciés au regard de la nouvelle place de l'associé (B). Enfin, on notera que ce nouveau statut de l'associé impose la création d'un droit des sociétés en difficulté, dont les nouvelles dispositions impliquant l'associé n'en sont que les prémisses (C).

A) La participation de l'associé au regard de l'évolution du droit des sociétés

4. Le législateur semble, parallèlement au droit des entreprises en difficulté, affaiblir l'associé en droit des sociétés. L'apparition de l'intérêt social, assimilé aux enjeux socio-économiques⁸, atteste d'un renouveau⁹ (1). Cette nouvelle place de l'associé se fait également

juin 2021 ; ZAPALSKI (E.), « Défaillances d'entreprises : premiers signaux d'alerte depuis la mi-mars », JCPmedia pour Localtis, Développement économique, Covid-19, publié le 15 avril 2021).

⁶ PROUX (F.), « Activité économique : une explosion des défaillances des entreprises pourra-t-elle être évitée ? », JCPmedia pour Localtis, Développement économique, Emploi, publié le 28 janvier 2021.

⁷ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, traité de droit des affaires, traité de droit des affaires*, 22^{ème} éd. 2017, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), L.G.D.J., n°1502, p. 10.

⁸ C. Civ. Art. 1833.

⁹ La question du respect par les associés de ces enjeux sociaux et environnementaux peut être posée. Cf. *Infra*. n°467.

ressentir en droit des sociétés, avec l'émergence de la notion de « *devoir d'associé* », laquelle participe à la transfiguration de la notion d'associé (2).

1) Vers un droit des sociétés soucieux des enjeux sociaux et environnementaux

5. D'un droit des sociétés libéral, le législateur a désormais opté pour un droit des sociétés plus soucieux des enjeux sociaux et environnementaux, lequel implique de responsabiliser l'associé.

6. **Les finalités incertaines du droit des sociétés.** Le droit des sociétés n'a pas toujours été empreint d'une forte logique libérale.

La loi n°66-537 du 24 juillet 1966¹⁰ se distingue par un interventionnisme très marqué¹¹ et par la consécration la société institution. Une doctrine majoritaire se retrouvait alors dans les idées de l'École de Rennes¹². Notamment Paillusseau, dont la thèse est emblématique de ce courant doctrinal en ce qu'elle démontre que la société anonyme doit être vue comme une technique d'organisation de l'entreprise¹³. Il étendra par la suite sa théorie à toutes les sociétés¹⁴. Cette idée suppose que l'État doit assurer la préservation des intérêts catégoriels et établir une hiérarchie, les associés devant prendre en considération l'intérêt de l'entreprise¹⁵. Selon cette théorie, chacune des parties prenantes de la société doit être prise en compte. La finalité de la société doit être l'enrichissement de la collectivité. Autrement dit, l'intérêt général doit dominer les intérêts des particuliers et notamment ceux des associés.

Cette théorie, bien que convaincante, ne fut pourtant pas consacrée par la jurisprudence, qui reste relativement silencieuse sur cette soumission même limitée à l'intérêt de l'entreprise. Seul un arrêt isolé de la cour d'appel de Paris, dit affaire Fruchauf¹⁶, semble y faire écho.

Il en va donc de la France comme de nombreux pays, notamment anglo-saxon, où la société

¹⁰ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

¹¹ POITRINAL (F.-D.), *La révolution contractuelle du droit des sociétés, vers l'entreprise citoyenne*, éd. RB 2019, Acte 2, avec la collaboration de monsieur POITRINAL (F.-D.), p. 15 ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n°17, p. 24. Pour un reproche de cet encadrement excessif : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd. 2019, L.G.D.J., nos°69 et s., p. 75.

¹² COURET (A.), « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *BJS*, juill. 2016, n°7-8, p. 433.

¹³ PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, th. 1967, Sirey, coll. Bibl. Dr. Commercial, t. 18.

¹⁴ PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit modernes des sociétés », *JCP éd. E.*, 1984, 3148, n°1.

¹⁵ V. Sur ce sujet : FAVARIO (T.), *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français*, th. 2004 Lyon III, nos°252 et s., p. 115.

¹⁶ CA Paris, 22 mai 1965, *D.*, 1968, p. 147, note CONTIN (R.), *JCP*, 1965, II, 14274, bis, concl. Nepveu, RTD. Com., 1965, p. 619, RODIERE (R.), *Bull. Joly*, 1965, §115, p. 246, *Rev. Sociétés*, 1965. 288, *Grands arrêts du droit des affaires*, *D.*, 1995, n°44, p. 487, note FARNOCCIA (D).

personne morale sert encore davantage les intérêts des actionnaires que ceux des autres parties prenantes de l'entreprise. Tout au long de la vie de la société, il serait donc admis que les associés poursuivent l'unique objectif de la recherche de profit, sans grande considération pour les intérêts des parties prenantes de l'entreprise¹⁷. L'associé dispose, en contrepartie du risque qu'il a pris, du choix de l'orientation politique de l'entreprise. Le principe veut que l'assemblée des associés demeure toujours souveraine, c'est pourquoi certains ont pu évoquer l'idée de « l'actionnaire roi »¹⁸.

En réponse à la crise pétrolière et à la concurrence de droits étrangers, le législateur n'a cessé de lever des barrières posées par la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 pour dynamiser la performance économique des sociétés. Même si la crise de 2007 a ébréché cette domination sans partage des actionnaires, le constat reste celui d'apporteurs de capitaux relativement peu engagés sur les conséquences de dommages causés aux parties prenantes par la société qu'ils dirigent. Certes, l'intérêt des actionnaires ou des associés doit se plier aux exigences de l'entreprise, sous peine de mise en œuvre d'actions fondées, sur un abus du droit de vote, qui suppose une atteinte à l'intérêt social. Encore faut-il retenir que l'intérêt social représente l'intérêt de la société ou de l'entreprise et non pas l'intérêt général.

La défense des enjeux sociaux et environnementaux apparaît avec la loi n°2019-486, dite loi Pacte¹⁹ qui y fait référence à l'article 1833 du Code civil²⁰.

La loi Pacte a tout d'abord pour objectif de redéfinir la place de l'entreprise dans la société et d'affirmer son rôle social et environnemental²¹. Afin d'associer les salariés à la vie de l'entreprise, elle impose que ceux-ci soient mieux représentés, afin que les administrateurs, qui représentent les associés, soit en position de minorité. Cette loi prévoit ensuite de refonder la constitution des conseils d'administration et leur impose d'être les garants des enjeux sociaux

¹⁷ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J, n°5, p. 6.

¹⁸ COURET (A.), « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *BJS*, juill. 2016, n°7-8, p. 433.

¹⁹ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

Sur la loi PACTE : V. LE NABASQUE (H.), « Propos introductifs », *BJS*, juin 2019, n°119, p. 33 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Le projet de loi PACTE, une avancée pour le droit des entreprises en difficulté ? », *BJE*, sept. 2018, n°116, p. 338 ; LE NABASQUE (H.), « Les incidences de la loi PACTE sur le financement des sociétés par actions », *BJS*, juin 2019, n°119, p. 70 ; LE CORRE (P.-M.), « L'incidence de la loi PACTE sur le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2019, n°355, p. 35 ; DAMMANN (R.), PAULUS (C.), « La loi Pacte : une convergence franco-allemande en marche forcée », *D.*, 2018, p. 248 ; MORTIER (R.), ZABALA (B.), DE VENDEUIL (S.), « La réforme du droit des sociétés par la loi PACTE (Loi n°2019-486 du 22 mai 2019) », *Dr. Sociétés* n°6, 2019, étude 8.

²⁰ C. Civ. Art. 1833 : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

²¹ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises : Dernière modification : 17 juin 2019. Communiqué de presse du Conseil des ministres du 18 juin 2018.

et environnementaux. Enfin, le contrôle des actionnaires sur le dirigeant est amoindri, ce qui accroît leur pouvoir de décision²². Ces mesures participent à l'idée d'une diminution des pouvoirs de l'associé, au dépend de la protection des enjeux sociaux et environnementaux.

2) Vers une diminution des droits de l'associé

7. Par les droits qu'il détient sur la société, l'associé a une place centrale dans le processus de traitement des difficultés des entreprises²³. La notion d'associé, déjà extrêmement complexe, apparaît encore plus incertaine avec cette place nouvelle qu'occupe l'associé en droit des entreprises en difficulté. La diminution des droits de l'associé n'est pourtant pas propre au droit des procédures collectives, mais semble faire partie d'un mouvement plus général, lequel perturbe la notion d'associé.

8. **L'associé, une notion aux contours incertains.** Le droit des sociétés comporte encore bien des mystères, dont le moindre n'est pas la définition de la notion d'associé²⁴ qui reste une « énigme »²⁵. Si le législateur a défini le contrat de société²⁶, il ne s'est jamais risqué à donner une définition légale de l'associé. La jurisprudence reste aussi muette, se contentant de résoudre les litiges liés à la détermination de la qualité d'associé²⁷. Seule la doctrine s'est essayée à en dessiner les contours.

La complexité de la notion d'associé explique que sa définition ne se trouve pas toujours dans les ouvrages de droit des sociétés²⁸. Peu de définitions sont d'ailleurs convaincantes²⁹.

²² Est-ce pour autant juste de généraliser cette réduction des pouvoirs, alors que seuls certains d'entre eux ne recherchent que le profit à court terme. Le Professeur Schmidt regrette cette réduction de pouvoir des administrateurs et de contrôle sur les dirigeants (SCHMIDT (D.), « Réduire les pouvoirs des actionnaires », *BJB*, sept. 2018, n°5, p. 285).

²³ MONSERIE-BON (M.-H.), « Vivre en procédure collective. Les droits des associés », *Rev. Proc. Coll.*, janv. 2013, dossier 7, n°3, p. 1.

²⁴ CONSTANTIN (A.), « Recherche notion d'associé, désespérement ! », *Dr. Sociétés* n°3, mars 2016, dossier 2 ; LEDAN (J.), « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. Sociétés* n°11, nov. 2010, étude 17.

²⁵ MASSON (F.), « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 84. Sur le caractère insaisissable de la notion d'associé : V. également : BARBIERI (J.-F.), « Les anamorphoses de l'associé. Quelques variations récentes », *BJS*, déc. 2020, n°121n2, p. 1

²⁶ V. C. Civ. Art. 1832.

²⁷ MESTRE (J.), VELERDOCCHIO (D.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), CARTERET (G.), *Le Lamy sociétés commerciales*, Lamyline, 2021, n°281.

²⁸ On peut toutefois mentionner la définition de madame Lebel qui définit l'associé comme : « *La personne physique ou morale qui est membre d'un groupement constitué sous forme de société et dont la participation est conditionnée par la réalisation d'un apport en contrepartie duquel l'associé reçoit des droits sociaux* » (LEBEL (C.), « Le départ d'un associé d'une société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 29).

²⁹ « *Soit la définition est trop générale et devient presque tautologique : l'associé est celui qui est partie au contrat de société, ou la personne titulaire de droits sociaux. Soit elle fait appel à des critères plus précis, mais devient alors sujette à discussion* » (MASSON (F.), « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 84).

Néanmoins, on retiendra deux définitions de l'associé. La conception classique mise en lumière par le doyen Hamel³⁰ qui attribue à l'associé des caractéristiques dépendant du contrat de société. L'associé est ainsi celui qui fait un apport, participe aux bénéfices ou économies et aux pertes, est lié par l'affectio societatis. Dans sa thèse, le professeur Viandier remet en cause cette vision de l'associé³¹, sur la participation aux bénéfices et à l'affectio societatis. Il propose alors comme critères de la qualité d'associé : la réalisation d'un apport et la participation aux affaires sociales. En effet, dans la majorité des situations l'associé est qualifié par la propriété de titres donnant certains droits, dont la vocation est de partager les bénéfices. Cependant, le critère de la participation aux affaires sociales doit être relativisé car il connaît actuellement de nombreuses exceptions. Pour exemple certains associés sont porteurs de titres sans droit de vote, sans compter que certains créanciers interviennent dans les affaires sociales sans être associés³².

On revient alors sur le débat actuel, qui est de savoir si l'actionnaire, assimilé à un bailleur de fonds³³, est un associé³⁴. Motivé uniquement par l'appât du gain et ne participant pas aux affaires sociales, ces investisseurs seraient dépourvus d'affectio societatis³⁵. Même dans cette situation, l'actionnaire reste un associé, car il a effectué un apport lequel lui donne le droit de participer aux décisions collectives, et le distingue d'un créancier. Tout au plus, le critère de l'affectio societatis pourra permettre de distinguer les associés entre eux³⁶.

Les multiples atteintes au droit de vote, tendent à remettre en cause ce droit qui fut longtemps

³⁰ HAMEL (J.), « L'affectio societatis », RTD civ. 1925, 761 et s.

³¹ Viandier (A.), La notion d'associé, th., L.G.D.J., 1978, p. 258.

³² Pour d'autres exemples : MESTRE (J.), VELERDOCCHIO (D.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), CARTERET (G.), *Le Lamy sociétés commerciales*, Lamyline, 2021, n°281.

³³ Sur cette notion de « bailleur de fonds » en jurisprudence et en doctrine : BERTREL (M.), « La société, contrat d'investissement » ? », RTD com. 2013, p. 403. V. également sur ce sujet : DAMY (G.), « 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 ; LUCAS (F.-X.), « Du contrat de société au contrat d'investissement », RD banc. Et fin., mars-avril 2005, p. 50 et s. ; LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Bref propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », RD banc et fin, Juill. Août 2002, p. 216 et s. ; REIGNE (P.), DELORME (T.), « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », Rec. D., 2002, p. 1330 ; PARLEANI (G.), « Les actions délaissées », in dossier « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », Rev. Sociétés, 1999, p. 715 ; LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, th, T. 283, L.G.D.J., 1997 ; CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris 1962, p. 27 et s. ; BERR (G.), *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Paris, 1961, n°402 s. ; RIPERT (G.), *Aspect juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951, p. 94 ; LACHMANN (C.-E.), *De la transformation de société anonyme moderne*, th. Grenoble, 1937.

³⁴ BERTREL (M.), « La société, contrat d'investissement » ? », RTD com. 2013, p. 403 ; LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », RD banc. Fin, 2002, n°4, p. 216.

³⁵ Ce critère de distinction ne peut être retenu dans la mesure où il est fondé sur une appréciation d'ordre psychologique (DALION (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, n°5, sept. 2019, p. 406).

³⁶ LE FUR (A.-M.), « « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », D., 2008, p. 2015.

considéré comme un attribut de l'actionnaire³⁷. Dans cette situation, la frontière entre l'actionnaire et le créancier est mince, même si l'un et l'autre se placent sur des niveaux différents, dans la mesure où le créancier sera désintéressé avant l'actionnaire.

Le droit des sociétés moderne rend difficile la détermination d'une approche globale et unitaire de la notion d'associé³⁸. La diversification des sociétés³⁹ et l'évolution de notre société au regard des enjeux économiques et financiers⁴⁰ conduit à une multitude de catégories d'associés et à une évolution constante de la notion. Il faut donc retenir une définition large de cette notion d'associé en « *crise* »⁴¹. Avec une grande partie de la doctrine⁴², on retiendra donc la conception classique de l'associé.

Néanmoins, est de fait exclue de l'étude, l'hypothèse des associés de société ne pouvant être placés en procédure collective⁴³, comme cela est le cas pour les associés des sociétés civiles professionnelles ou des sociétés d'exercice libéral.

9. L'émergence de la notion de « *devoir de l'associé* ». En accord avec la défense des enjeux sociaux et environnementaux, est né un courant de pensée contemporain qui prône « *la réduction des pouvoirs des actionnaires des sociétés françaises* »⁴⁴. Certains auteurs évoquent l'apparition de la notion de « *devoir de l'associé* »⁴⁵. Ces penseurs avancent que les actionnaires utilisent les droits que leur confèrent leurs titres à des fins exclusivement personnelles, sans prendre conscience des risques sociaux et environnementaux que l'activité de la société peut générer⁴⁶.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ MASSON (F.), « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 84 ; CONSTANTIN (A.), « Recherche notion d'associé désespérément », in Les actes du colloque « Les figures de l'associé », Dr. Sociétés 2016, Dossier n°2.

³⁹ V. Sur la diversification des sociétés et de la notion de société : GODON (L.), « L'éclatement des formes sociales », *Rev. Sociétés*, 2017, p. 267 ; BERTREL (M.), « La société, contrat d'investissement » ? », *RTD com.* 2013, p. 403.

⁴⁰ Sur le pourquoi et le comment de cette évolution de l'associé : MASSON (F.), « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 84. V. également : DALION (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*, n°5, sept. 2019, p. 406.

⁴¹ GODON (L.), « L'éclatement des formes sociales », *Rev. Sociétés*, 2017, p. 267 ; V. également Colloque « Les figures de l'associé », Dr. Sociétés, mars 2016, p. 29 et s.

⁴² BERTREL (M.), « La société, contrat d'investissement » ? », *RTD com.* 2013, p. 403.

⁴³ Sur ces sociétés : V. HALLOUIN (J.-C.), « Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires », *JCP éd. E.*, 1989. II. 15416.

⁴⁴ SCHMIDT (D.), « Réduire les pouvoirs des actionnaires », *BJB*, sept. 2018, n°5, p. 285.

⁴⁵ Deux auteurs remarquent qu'il n'est guère question de cette notion « *dans la littérature classique du droit des sociétés* » (COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14). Pour en trouver une trace, il faut chercher du côté du droit allemand et plus exactement « *dans les lois de 1920 sur la codétermination cette remarquable formule que les actionnaires ont avec les salariés un « devoir de production commun* » (SEGRESTIN (B.), HATCHUEL (A.), *Refonder l'entreprise*, Seuil, 2012, p. 78) » (COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14).

⁴⁶ Ainsi, « *la conception qui se dégage du droit français fait des associés non seulement les initiateurs, mais aussi les détenteurs du pouvoir suprême dans les sociétés (n. Art. 1832, C. Civ) ; mais les dernières évolutions ont fait grandir les droit des autres catégories,*

Ils considèrent ainsi que la réduction du pouvoir des associés permettrait une meilleure prise en compte des risques sociaux et environnementaux.

Dans ce sens, comme le souligne madame Cerati Gauthier : « *force est de constater que, depuis une quinzaine d'années, les interventions législatives et judiciaires sont presque toutes marquées par la volonté de faire céder toute opposition de l'associé, même si cela suppose une atteinte à ses droits fondamentaux* »⁴⁷. L'associé se voit alors responsabilisé⁴⁸. Ainsi, il convient de retenir « *qu'aux droits des actionnaires répondent les devoirs et, plus précisément, l'obligation d'assumer financièrement tous les coûts qu'ils font peser sur la société* »⁴⁹.

Cette évolution participe d'une moralisation du droit des affaires⁵⁰. La consécration d'une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté contribue au développement d'une certaine éthique de notre droit des affaires⁵¹.

Troublés par cette contradiction, plusieurs auteurs affirment ne plus concevoir clairement quelles sont les lignes directrices du droit des sociétés. La redéfinition du contrat de société dans un sens plus institutionnel perturbe ainsi nos convictions sur le droit des sociétés et sur la notion d'associé⁵². Souvent analysées comme un catalogue dont l'épaisseur ne cesse de s'accroître, les multiples réformes qui ont touché le droit des sociétés ont rendu difficile son analyse globale⁵³. Le professeur Couret note que « *le droit des sociétés présente aujourd'hui le visage d'un droit en crise ballotté au gré de logiques qui lui sont plus ou moins étrangères* »⁵⁴. Le professeur

rendant beaucoup plus complexe et moins lisible le droit des sociétés » (LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd. 2019, L.G.D.J., n°91, p. 85).

⁴⁷ CERATI-GAUTHIER (A.), « Plaidoyer pour la désignation d'un « représentant des associés », in CERATI-GAUTHIER (A.) et PERRUCHOT (V.) (Dir.), *Les procédures collectives complexes*, 2017, Joly, Pratique des affaires, p. 77.

⁴⁸ V. Sur à sujet : PARACHKEVOVA (I.), « L'associé responsable », *BJS*, avr. 2015, n°113, p. 165.

⁴⁹ COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14.

⁵⁰ COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une société en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, Janv. 2017, n°148, p. 26 ; MERCIER (J.-L.), KOPF (F.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 47 ; COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, p. 14 ; DE BRY (F.), « L'entreprise et l'éthique », *Gaz. Pal.*, 22 décembre 2001, p. 23.

⁵¹ PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, th. 2013, T.1, L.G.D.J., collection bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, préface de LUCAS (F.-X.), n°15, p. 18. *Contra*. Monsieur Couturier considère cette évolution comme amoralité : COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une société en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, n°148, p. 29.

⁵² POITRINAL (F.-D.), *La révolution contractuelle du droit des sociétés, vers l'entreprise citoyenne*, éd. RB 2019, Acte 2, avec la collaboration de monsieur POITRINAL (F.-D.), p. 15.

⁵³ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., p.1, n°1 ; Les professeurs Dondero et Le Cannu considèrent également que « *au fond, le Code de commerce actuel apparaît comme un catalogue numéroté, une sorte de base de données de textes* » : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd. 2019, L.G.D.J., n°83, p. 79. VALLANSAN (J.), FIN-LANGER (L.), *Guide des procédures collectives*, 2020, LexisNexis, avant propos.

⁵⁴ COURET (A.), « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *BJS*, juill. 2016, n°7-8, p. 433.

Parachkevova souligne à propos du droit des sociétés que : « *Ce qui compte n'est plus la raison juridique et la cohérence, mais davantage l'efficacité et les avancées pragmatiques* »⁵⁵. Ainsi, « *dans les années qui vont suivre, le législateur, les juges, les praticiens procéderont sans plan préétabli à une déconstruction soutenue par une conception sous-jacente de l'ordre social qui est le libéralisme* »⁵⁶. Le droit des sociétés semble alors évoluer au jour le jour⁵⁷, sans laisser la place à une réforme d'envergure⁵⁸, comme cela a pu être le cas pour le droit des obligations⁵⁹. Il paraît alors vain de rechercher une idéologie qui gouvernerait les dispositions du droit des sociétés, lequel semble avoir pour unique finalité le développement économique. Néanmoins dans cette crise, le droit des sociétés a toujours été guidé par l'objectif de protéger et de servir les intérêts de l'associé⁶⁰, dont les manifestations cette tendance originelle sont encore nombreuses.

10. L'absence d'existence d'un devoir de soutien. L'hypothèse d'un devoir de soutien de la société par l'associé est depuis longtemps considérée comme un slogan⁶¹. Le législateur ne l'a jamais consacré.

Dans le même sens⁶², la jurisprudence a depuis longtemps affirmé que l'associé n'était pas

⁵⁵ PARACHKEVOVA (I.), « L'indésirable réforme du droit des sociétés », *BJS*, avril 2016, n°114u9, p. 189, n°4, p. 189 ; En ce sens également : COURET (A.), « Le droit des sociétés, un droit post moderne », *BJS*, mai 2015, p. 213, n°113k9.

⁵⁶ COURET (A.), « Le droit des sociétés, un droit post moderne », *BJS*, mai 2015, n°113k9, p. 213.

Madame Maury souligne que : « *la liberté d'entreprendre est un principe constitutionnel. De ce principe, découlent d'autres libertés : celle d'investir, de devenir dirigeant, d'entrer en société en qualité d'associé, ou encore de décider d'en sortir. Il n'en reste pas moins que ces libertés peuvent être judiciairement entravées, en cas de difficultés de la société* » (MAURY (F.), « Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35). Pour certains, l'émergence de ce soutien de l'associé ne s'opposerait pas à la conception libérale du droit des sociétés, mais ne serait que la contrepartie du principe de loyauté que consacre le Code civil (SAYER (P.), « Le devoir de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, n°hors-série 2, 6 juin 2016, n°266, p. 36). Le débat est désormais canalisé entre une doctrine défendant la sauvegarde de l'entreprise et celle privilégiant la défense du droit de propriété (MAURY (F.), « Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35).

⁵⁷ La loi Pacte (Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises) et la loi du 19 juillet (Loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés) sont des exemples de ce manque de clarté.

⁵⁸ Une réforme d'envergure ne paraît pas pertinente selon professeur Parachkevova : PARACHKEVOVA (I.), « L'indésirable réforme du droit des sociétés », *BJS*, avril 2016, n°114u9, n°4, p. 189 ; *Contra* : ROUSSILLE (M.), « Repenser le droit des sociétés », *Dr. Sociétés*, nov. 2015, repère 10.

⁵⁹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁶⁰ COURET (A.), « Le droit des sociétés, un droit post moderne », *BJS*, mai 2015, n°113k9, p. 213.

⁶¹ COQUELET (M.-L.), « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, nov. 2010, n°6, dossier 6 ; DEMEYRE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, th. 2005 Paris X, n°306 ; LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », *in* « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 7.

⁶² Quelques arrêts font figure d'exceptions. Il en est ainsi d'un arrêt de la Cour de cassation a pu affirmer que la société a droit à une protection « *de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation* », bien qu'elle ne peut se prévaloir au titre de l'article 9 du Code civil une protection de sa vie privée. On peut alors supposer que l'associé a un devoir de ne pas porter atteinte à sa société en ébruitant les difficultés de la celle-ci : Cass. 1^{ère} civ., 18 mars 2016, n°15-14.072., RDLF, 26 juin 2016, 2016-16, note DUPRE DE BOULOIS (X.) ; *BJS*, juin 2016, n°6, p. 314, note PORACCHIA (D.) ; RTD Civ, avr. 2016, n°2, p. 321, note HAUSER (J.).

soumis à un devoir de non-concurrence envers sa société⁶³. Elle a également précisé que l'associé ne peut être contraint à céder ses titres, sauf disposition légale ou statutaire, pour sauver l'entreprise⁶⁴.

Une doctrine majoritaire pense enfin que l'associé n'a pas de devoir de loyauté envers le dirigeant⁶⁵, qui est le représentant des intérêts de la société⁶⁶. Au contraire⁶⁷, le dirigeant est

⁶³ Cass. Com., 10 sept. 2013, n°12-23.888, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 625, note SAINTOURENS (B.) ; LPA, 22 nov. 2013, 234, p. 9, note ATANI (A.-M.) ; RTD Com., oct. 2013, 4, p. 759, note CONSTANTIN (A.) ; Cass. Com., 19 mars 2013, n°12-14.407, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 358, note PREVOST (S.) ; Cass. Com., 15 nov. 2011, n°10-15.049, *Journal des sociétés*, oct. 2013, 112, p. 39, note NAVARRO (J.-L.) ; *Dr. Sociétés*, juin 2013, 6, p. 26, note ROUSSILLE (M.) ; *BJS*, févr. 2012, p. 112, note LE NABASQUE (H.). L'associé peut librement concurrencer sa société, de même qu'il n'a aucun devoir d'informer les organes de la société de ses actions concurrentes. Cela dans la limite d'une clause statutaire ou d'une concurrence déloyale (Cass. Com., 3 mars 2015, n°13-25.237, *Rev. Sociétés*, 2015, p. 585, note SAINTOURENS (B.)).

⁶⁴ Le droit de ne pas céder ses titres malgré le risque pour l'entreprise. La question peut également se poser d'un devoir de l'associé de céder ses titres alors qu'il a demandé la dissolution de la société. La jurisprudence a répondu à cette question dans un arrêt du 12 mars 1996 (V. Cass. Civ, 12 mars 1996, n°93-17.813, *Bull. civ.*, IV, n°86 ; *Journal des sociétés*, déc. 2012, 104, p. 28, note ANSAULT (J.-J.)). En l'espèce, un associé a demandé la dissolution de la société, par application de l'article L. 187-7, 5° du Code civil. Afin d'éviter la dissolution, certains associés étaient prêts à racheter les titres de l'associé demandeur. Néanmoins, la juridiction ne dispose pas du pouvoir de contraindre l'associé à céder ses titres sauf dispositions légales expresses ou clause statutaire. Il est donc permis de répondre par la négative et avancer que l'associé n'a aucun devoir de céder ses titres suite à une action en dissolution de la société. Il convient de préciser que l'objectif de cette dissolution anticipée de la société *in bonis* ne doit pas être uniquement d'éviter un rachat des titres de l'actionnaire par un de ses associés, car cela a été jugé comme un abus de majorité (Cass. Com., 8 févr. 2011, n°10-11.788).

⁶⁵ Contrairement au dirigeant qui a un devoir de loyauté envers l'associé. Selon que le préjudice soit social ou personnel, l'associé a des moyens d'action contre le dirigeant d'une société en procédure collective (COHEN-BRANCHE (M.), « Réflexion sur le recours des actionnaires à l'encontre des dirigeants d'une société en procédure collective », *BJB*, 2012, n°12, p. 535). L'associé qui a fait un apport, prend le risque de le perdre, c'est l'aléa. Il ne s'agit pas de dédouaner l'associé de la perte de son apport, mais seulement de le dédouaner si ce risque a été aggravé ou manqué par la faute des dirigeants. Si le préjudice est social et non personnel, l'associé n'a aucun recours contre le dirigeant (COHEN-BRANCHE (M.), « Réflexion sur le recours des actionnaires à l'encontre des dirigeants d'une société en procédure collective », *BJB*, 2012, n°12, p. 535). Il existe une action en comblement de passif à l'égard du dirigeant qui commet une faute de gestion. Seul le mandataire peut intenter cette action en procédure collective. Cette action sert à réparer le préjudice social de la société. Elles sont limitées depuis la loi de sauvegarde au seule procédure de liquidation judiciaire et non recevable que dans une période de trois ans à compter du jugement.

⁶⁶ Aucune décision jurisprudentielle ne permet en d'affirmer l'existence d'un tel devoir. Certains considèrent ainsi qu'il n'y a pas de devoir de loyauté entre l'associé et son dirigeant (COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14).

Monsieur Terrier (TERRIER (G.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 24.) considère toutefois que l'associé peut être soumis à un devoir de loyauté, dans le cadre d'une révocation de son dirigeant. Cette loyauté peut tout de même être déduite en matière de révocation du dirigeant ou l'associé doit respecter les droits de la défense. La société et les associés ont ainsi été condamné pour révocation abusive, portant ainsi atteinte à leur « *devoir de loyauté dans les rapports sociaux* » : Cass. Com., 3 mars 2015, n°14-12.036 ; CA Versailles, 29 mars 2007, n°06-01.432, *BJS* Sept. 2007, p. 973. La Cour de cassation a également pu affirmer que l'atteinte au devoir de loyauté que l'associé a envers le dirigeant doit être démontré par une « *volonté malveillante* » ou une « *intention de nuire* » (Cass. Com., 14 mai 2013, n°11-22.845, *D.*, 2013, p. 2319, note DONDERO (B.)).

⁶⁷ Sur le devoir de loyauté du dirigeant. V notamment : LECOURT (A.), « Le devoir de loyauté du dirigeant à l'épreuve de l'unanimité », *RTD com.* 2020, p. 659.

souvent considéré comme leur mandataire⁶⁸.

Pourtant, ce principe de soutien à la charge de l'associé jusqu'alors écarté, semble désormais envisagé par le législateur lorsque l'entreprise subit une procédure collective.

B) La participation de l'associé au regard de l'évolution du droit des entreprises en difficulté

11. Le droit des entreprises en difficulté est le fruit d'une longue évolution historique ayant pour objectif premier le sauvetage de l'entreprise. En procédure collective, la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise contribuera à la réalisation de cet objectif (2). Sous l'influence du droit de l'Union européenne, cette pratique, déjà adoptée par certains pays, tend à prospérer (1).

1) Une évolution cohérente avec celle du droit de l'Union européenne et certaines législations étrangères

12. Une évolution, destinée à diminuer les droits des associés semble toucher plusieurs pays en Europe⁶⁹. En effet, si en droit interne, l'associé a fait une récente apparition dans le droit des entreprises en difficulté, son implication est assise depuis plusieurs années dans d'autres pays, comme les Etats-Unis, le Royaume-Uni ou l'Allemagne. Ces pays prévoyaient déjà des mesures permettant de neutraliser les droits de l'associé pour les besoins de l'entreprise en difficulté. Cette participation de l'associé connaît ainsi une véritable expansion, motivée notamment par le droit de l'Union Européenne.

13. Perspectives européennes. Ce mouvement de participation de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté est, pour une part, porté par le droit de l'Union européenne. Le 20 juin 2019, la commission européenne a publié au Journal officiel une directive sur la restructuration et l'insolvabilité⁷⁰. Cette directive 2019/1023 prévoit en son

⁶⁸ Même si cette qualification est en partie incorrecte puisque les caractéristiques du mandat ne sont pas toutes applicables aux dirigeants : MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°163, p. 75.

⁶⁹ MINGASSON (J.-P.), « La responsabilité sociale des entreprises. Concept et place dans l'agenda politique européen », *LPA*, 26 fév. 2004, p. 7.

⁷⁰ Cette directive est plus exactement relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dette et aux déchéances, 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).

article 12, concernant les détenteurs de capital, que les états doivent veiller à ce que les actionnaires ou autres détenteurs de capital ne puissent empêcher l'adoption et la mise en œuvre du plan de restructuration⁷¹. Ainsi, même si les intérêts légitimes des actionnaires ou autres détenteurs de titres en capital, doivent être protégés, ils ne peuvent s'opposer dans une certaine mesure au sauvetage de l'entreprise en difficulté⁷².

La directive demande ainsi aux états membres de prévoir des mesures évitant que les actionnaires ne bloquent de façon « *déraisonnable* » l'adoption et la mise en œuvre d'un plan de restructuration⁷³. Cette directive met ainsi les actionnaires dans la même position que les créanciers, voire en situation plus délicate, dans la mesure où ils peuvent se voir imposer des restructurations. La transposition de cette directive du 20 juin 2019 renforcera ainsi à l'égard de l'associé, cette tendance à « *l'augmentation progressive de l'exigence d'une participation à l'effort commun* »⁷⁴.

Cette directive, d'inspiration anglo-saxonne mais aussi allemande, impose aux États membres de conditionner les droits des associés au respect des exigences économiques du traitement des difficultés de l'entreprise. Cette évolution souhaitant que l'associé participe au sauvetage de l'entreprise est innovante en droit français.

14. L'implication de l'associé par le droit de l'insolvabilité allemande. Ce processus

⁷¹ « 1. Lorsque les États membres excluent les détenteurs de capital de l'application des articles 9 et 11, ils veillent par d'autres moyens à ce que ces détenteurs de capital ne puissent empêcher ou rendre difficiles, de façon déraisonnable, l'adoption et la validation d'un plan de restructuration.

2. Les États membres veillent aussi à ce que les détenteurs de capital ne puissent empêcher ou faire entrave, de façon déraisonnable, à la mise en œuvre d'un plan de restructuration.

3. Les États membres peuvent adapter la définition d'empêcher ou de créer un obstacle de façon déraisonnable en vertu du présent article à la prise en compte, entre autres, du fait que le débiteur est une PME ou une grande entreprise ; des mesures de restructuration proposées ayant une incidence sur les droits des détenteurs de capital ; du type de détenteur de capital ; du fait que le débiteur est une personne morale ou physique ; ou de la question de la responsabilité limitée ou illimitée des partenaires dans une entreprise » : 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, Art. 12.

V. Sur la nécessité de favoriser les restructurations des entreprises françaises et européennes : MASQUEFA (C.), *La restructuration*, th. 2000, Tome 342, L.G.D.J., préface de TEYSSIE (B.), n°24, p. 19.

⁷² Sur les apports de cette directive sur le sort de l'associé d'une société en difficulté : LUCAS (F.-X.), « Vers un statut de l'associé de société en difficulté », *BJS*, mars 2020, n°120q9, p. 1.

⁷³ Madame Noury s'est notamment interrogée sur la consultation des actionnaires et l'encadrement économique d'un mécanisme d'application forcée du plan de restructuration : NOURY (A.-S.), « L'État actionnaire dans les restructurations financières des sociétés cotées », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 313.

⁷⁴ MOUIAL BASSILANA (E.), *Entreprise en difficulté : avant –propos*, Rép. Dr. Com., Dalloz, juin 2021, n°40 ; En ce sens également : LUCAS (F.-X.), « Vers un statut de l'associé de société en difficulté », *BJS*, mars 2020, n°120q9, n°03, p. 1. Il convient de préciser que depuis le 1^{er} janvier 2021, le législateur allemand a transposé la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventive du 20 juin 2019 par la loi sur la stabilisation et la restructuration des entreprises, dite *StaRUG* (DELZANT (E.), « Le nouveau régime de la restructuration préventive en Allemagne », *BJE*, n°2, mars 2021, n°118n1, p. 64).

est déjà bien ancré en droit allemand, lequel applique cette conception depuis plusieurs années⁷⁵. Comme le droit français, le droit de l'insolvabilité allemand a pendant longtemps ignoré les droits des associés⁷⁶. Ce n'est que depuis la loi du 7 décembre 2011⁷⁷, dit « *ESUG* »⁷⁸, que le droit allemand permet notamment d'imposer aux associés des restructurations. Cette loi modifiant le Code allemand des procédures collectives a pour finalité d'accorder plus de pouvoir aux créanciers et aux dirigeants afin de faciliter la restructuration des entreprises. Souvent considérée comme trop rigide et peu compatible avec la souplesse que nécessite le traitement des difficultés des entreprises, cette réforme du Code allemand se veut aussi plus moderne et se fixe clairement pour objectif d'éviter un transfert des sièges sociaux vers des pays où l'intérêt des dirigeants et des créanciers serait davantage protégé, comme c'était le cas en droit anglais⁷⁹.

Ainsi, le droit allemand a souhaité favoriser les restructurations par des mécanismes de cession forcée des titres et de « *debt-equity-swap* »⁸⁰. Pour cet ensemble de raisons, les associés ne peuvent pas s'opposer à la demande des créanciers d'intégrer le capital social de la société. Toute clause contraire ou limitant la participation des créanciers est déclarée nulle par l'article 225a alinéa 4 du Code allemand des procédures collectives. De même, il est à noter que le droit préférentiel de souscription peut également être supprimé selon les règles du droit des sociétés⁸¹. Le législateur allemand a souhaité à travers ce mécanisme impliquer les créanciers dans la procédure⁸². Déclarée conforme au droit constitutionnel allemand et au droit de l'union européenne, cette réforme permet surtout de vaincre la résistance de certains associés.

De plus, le plan doit prévoir des groupes où sont répartis les associés et les différentes catégories de créanciers. Comme le préconise la directive européenne, chaque classe votera le plan, le juge pourra valider un plan qui sera adopté par une majorité des groupes⁸³. Ainsi, même

⁷⁵ ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, n°6, 1 nov. 2015, p. 432.

⁷⁶ DAMMANN (R.), PAULUS (C.), « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA*, 30 mars 2018, n°128, p. 21.

⁷⁷ Entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012.

⁷⁸ « *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* » : qui peut être traduit comme la loi visant à faciliter la réorganisation de l'entreprise

⁷⁹ DAMMANN (R.), PAULUS (C.), « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA*, 30 mars 2018, n°128, p. 21.

⁸⁰ La conversion de créances en capital.

⁸¹ 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*, 1 oct. 2015, n°10, p. 521.

⁸² BOCHE-ROBINET (M.), DAMMANN (R.), « Le couple franco-allemand et le droit des procédures collectives : rencontres à Berlin », *LPA*, 30 oct. 2015, n°217, p. 3.

⁸³ ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 1 nov. 2015, n°6, p. 432.

si la classe des actionnaires s'oppose au plan, celui-ci pourra toujours être arrêté par la majorité des classes des créanciers⁸⁴. En droit allemand, les actionnaires, qui sont réunis dans une classe de créanciers, sont alors considérés comme des créanciers subordonnés de dernier rang⁸⁵, conception que le droit français ignore quelquefois⁸⁶. Le juge doit seulement s'assurer que les actionnaires seront aussi bien traités qu'en cas de liquidation judiciaire⁸⁷.

Le droit des procédures collectives allemand opère donc également un rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers et au dépend de l'associé, lequel ne peut plus s'opposer aux restructurations nécessaires au sauvetage de l'entreprise.

15. L'implication de l'associé par le droit de l'insolvabilité américain. Au même titre, le « *Chapter 11* » du Code américain, relatif aux entreprises en difficulté, impose aux associés certains sacrifices pour permettre la survie de l'entreprise. Le droit des Etats-Unis, pays du libéralisme économique, se révèle à cet égard plus rigoureux envers les associés que le droit allemand⁸⁸.

Depuis 2005, le « *Chapter 11* » a évolué vers un droit plus protecteur des créanciers. Ces derniers peuvent d'abord refuser le plan de réorganisation proposé par le débiteur et faire des propositions concurrentes s'ils estiment que le plan du débiteur est insuffisant à la protection de leurs intérêts. Comme pour le droit allemand, un plan de réorganisation comportera une répartition des créanciers en classes. Le plan peut être adopté par le tribunal dès lors qu'une classe de créanciers le soutient, à condition que les classes dissidentes ne soient pas injustement pénalisées⁸⁹. Les autres créanciers dissidents sont ainsi réputés avoir accepté le plan par la procédure dite de « *cramdown* »⁹⁰. Ce mécanisme de priorité absolue ou « *absolute priority rule* », signifie qu'une « *classe dissidente de créanciers est intégralement désintéressée avant qu'une classe de rang inférieur ne puisse bénéficier des répartitions ou conserver un intéressement dans le cadre du plan de*

⁸⁴ 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*, 1 oct. 2015, n°10, p. 521.

⁸⁵ Le droit américain assimile également les actionnaires à des créanciers : SCHODERMEIER (M.-D.), « Le redressement ou la liquidation judiciaires de la société émettrice ou de l'actionnaire », in dossier « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 725.

⁸⁶ DAMMANN (R.), PAULUS (C.), « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA*, 30 mars 2018, n°128, p. 21.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, n°6, 1 nov. 2015, p. 432.

⁸⁹ DUBOIS (P.), GUMPELSON (J.), CHAZEAU (D.), LEMSEFFER (S.), « Du comité à la classe de créanciers : modalités de vote et de décision des créanciers seniors en France et aux Etats-Unis », *BJE*, Juill. 2018, n°4, p. 296.

⁹⁰ V. BOURDOULOUX (H.), JIQUEL (C.), « Avant propos », in dossier « *La restructuration financière d'un groupe en difficulté dans un contexte international : le droit en action – International Insolvency et France Amériques, le 18 mai 2018* », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 285 ; SPIZZICHINO (L.), LONGMIRE (J.), FLANDIN (G.), EGUCHI (W.), « La restructuration transfrontalière de la dette high yield », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 303.

restructuration »⁹¹.

Les créanciers ont encore à leur disposition le mécanisme de « *debt to equity swap* », ou la conversion de dette en capital qui est une pratique fréquemment utilisée aux Etats-Unis et admise par le chapitre 11 américain⁹².

16. L'implication de l'associé par le droit de l'insolvabilité anglais. Enfin, au Royaume Uni, les créanciers peuvent opposer un droit de veto aux restructurations affectant le passif de l'entreprise. La hiérarchie des intérêts à protéger par le droit des entreprises en difficulté semble également différente de celle du droit français, en ce qu'elle permet la poursuite par les créanciers malgré l'ouverture de la procédure. Les intérêts des créanciers figurent donc au premier plan.

17. Ainsi, la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté récemment dégagée en droit français a déjà été adoptée par d'autres législations⁹³.

2) Une évolution cohérente avec celle du droit des entreprises en difficulté

18. D'un droit des faillites, on a évolué vers un droit des entreprises en difficulté. Bien que répressives, les dispositions impliquant l'associé ont pour objectif premier le sauvetage de l'entreprises en difficulté.

19. La mutation du droit des faillites en droit des entreprises en difficulté. Les nouveaux textes impliquant l'associé poursuivent l'évolution conceptuelle engagée par la loi n°67-563 du 13 juillet 1967⁹⁴.

Avant cette loi, le droit des faillites visait autant, la liquidation du patrimoine pour protéger les créanciers victimes du failli, que la répression de son dirigeant⁹⁵. Le débiteur ne pouvant plus

⁹¹ NOURY (A.-S.), « L'État actionnaire dans les restructurations financières des sociétés cotées », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 313.

⁹² V. PARTOUCHE (N.), « Les créanciers actionnaires : risques et opportunités », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 319.

⁹³ En ce sens : DAMMANN (R.), PAULUS (C.), « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA*, 30 mars 2018, n°128, p. 21 ; 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*, 1 oct. 2015, n°10, p. 521 ; ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, n°6, 1 nov. 2015, p. 432 ; PARACHKEVOVA (I.) « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 1 oct. 2015, n°114d3, p. 529.

⁹⁴ Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

⁹⁵ SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, coll. Domat Droit privé, L.G.D.J., 3^{ème} éd. 2019, note 67 ; BONNARD (J.), *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Hachette, Coll. Les fondamentaux Droit, 7^{ème} éd. 2016, p. 11 ; COMBIER (J.), BLAZY (R.), *Les défaillances d'entreprises*, 1999, coll. Que sais je ?, PUF, p. 3 ; DUPUY (C.), *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, th. 1960 Paris, L.G.D.J.

payer ses créanciers était alors lourdement sanctionné⁹⁶.

Le Livre III du Code de 1807 relatif aux faillites et au règlement judiciaire, ne comportait qu'une procédure, la faillite⁹⁷, dont l'unique fonction était de sanctionner et d'évincer le dirigeant⁹⁸.

La loi du 13 juillet 1967 a fait évoluer notre droit des faillites vers un droit plus humain, un droit économique, orienté vers le sauvetage de l'entreprise⁹⁹. Cette mutation s'est alors accompagnée d'une extension de son domaine d'application¹⁰⁰. Cette loi avait pour dessein d'assurer la pérennité de l'entreprise en distinguant le sort de l'homme de celui de l'entreprise, prônée par le doyen Houin¹⁰¹, afin de différencier les procédures applicables à l'entreprise, des sanctions prévues à l'encontre du dirigeant¹⁰². À compter de cette loi du 13 juillet 1967, l'objectif n'est « *plus seulement de traiter la faillite du débiteur (en le sanctionnant et en payant les créanciers), mais de tenter de redresser son entreprise* »¹⁰³. Cette évolution fut donc particulièrement importante pour les dirigeants de sociétés¹⁰⁴. Ainsi, l'évolution historique du droit des entreprises en difficulté se traduit d'abord par un droit répressif avant d'être axée sur le sauvetage de

⁹⁶ Sur la sévérité du droit des faillites : DELVILLE (J.-P.), GUIHEUX (G.), HERAIL (M.), NOEL (T.), NURIT (L.), RICHARD (E.), *Droit des affaires, Question actuelles et perspectives historiques*, 2005, Didact droit, les presses de l'université de Rennes, nos^o1181 et s., p. 524.

⁹⁷ Sur le terme de « *faillite* » : V. PETEL (P.), *Procédures collectives*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 9^{ème} éd. 2017, n^o2, p.1.

⁹⁸ V. sur cette période : MACORIG-VENIER (F.), « L'anticipation des difficultés de l'entreprise modernité du droit français et approche comparatiste », in SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (Dir.), *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, L.G.D.J., les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 340.

⁹⁹ Sur cette mutation du droit des faillites en droit des entreprises en difficulté : KOEHL (M.), *La négociation en droit des entreprises en difficulté*, th. 2019 Paris Nanterre, n^o1, p. 13 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.) (Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.) (Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, 12^{ème} éd. 2020, L.G.D.J., nos^o23 et s., p. 28 ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n^o14, p. 19 ; LE CORRE (P.-M.), « 1807-2007 : 200 ans pour passer de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, juill. 2007, p. 3 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, regards sur les évolutions de ce dernier quart de siècle », in *Regards critiques sur quelques (R)évolutions récentes du droit*, Travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2005, T. 1, p. 389 ; DELVILLE (J.-P.), GUIHEUX (G.), HERAIL (M.), NOEL (T.), NURIT (L.), RICHARD (E.), *Droit des affaires, Question actuelles et perspectives historiques*, 2005, Didact droit, les presses de l'université de Rennes, nos^o1298 et s., p. 594 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Morale et faillite », in « Morale et droit des affaires », Actes du colloque organisé à l'université des sciences sociales de Toulouse, Paris, Montchrestien, 1996, p. 159 ; PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, 1985, Mélanges en l'honneur de HOUIN (R.), D. Sirey, p. 109.

¹⁰⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, regards sur les évolutions de ce dernier quart de siècle », in *Regards critiques sur quelques (R)évolutions récentes du droit*, 2005, Travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques, T. 1, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 389.

¹⁰¹ HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Aspect économiques de la faillite et du règlement judiciaire*, Sirey, 1970, p. 135 ; BRUNET (B.), « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français*, Mélanges en l'honneur de ROBLOT (R.), 1984, p. 471.

¹⁰² HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Aspect économiques de la faillite et du règlement judiciaire*, Sirey, 1970, p. 609.

¹⁰³ DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le débiteur », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 92.

¹⁰⁴ DAIGRE (J.-J.), *Entreprise en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*, avril 2018, Rép. D. Soc., Dalloz, n^o2.

l'entreprise¹⁰⁵, évoluant d'un droit des faillites vers un droit des entreprises en difficulté¹⁰⁶.

Les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 ont poursuivi ce mouvement. Elles sont particulièrement marquées par l'idée de redressement de l'entreprise¹⁰⁷. C'est cette loi du 25 janvier 1985 fut prise pour assurer : « *la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif* »¹⁰⁸. La préservation de l'entreprise apparaît désormais clairement comme la priorité du droit des entreprises en difficulté. Plusieurs textes favorisant la réorganisation et le redressement de l'entreprise ont alors émergé, même si un seul texte faisait référence aux actionnaires¹⁰⁹.

L'intérêt du droit des entreprises en difficulté pour l'associé fait une faible apparition dans la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹¹⁰. Madame Cerati-Gauthier remarquait à propos de l'associé : « *il est un « outil » indispensable tantôt au redressement de la société, tantôt à l'apurement du passif social* »¹¹¹. L'un des dispositifs phare de cette loi fut la suppression de l'extension de la procédure collective aux associés indéfiniment tenus au passif social¹¹². L'associé demeure encore à cette époque libre de participer à la réorganisation de l'entreprise. En droit des entreprises en difficulté, la cadence des réformes s'est accélérée ces dernières années¹¹³. Le droit des entreprises en difficulté a en effet été réformé par la loi n°2014-326 du

¹⁰⁵ Sur cette évolution mis en exergue par les dispositions touchant l'associé dirigeant : MAURY (F.), « Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35.

¹⁰⁶ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n°14, p. 19.

¹⁰⁷ En ce sens : CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. 2002 Aix-Marseille, PUAM, n°3, p. 16.

¹⁰⁸ Art. 1^{er} de la loi n°85-98 du 25 janv. 1985.

¹⁰⁹ L'article 22 de loi du 25 janvier 1985 : « *Les engagements pris par les actionnaires ou associés ou par de nouveaux souscripteurs sont subordonnés dans leur exécution à l'acceptation du plan par le tribunal* ». V. SCHODERMEIER (M.-D.), « Le redressement ou la liquidation judiciaires de la société émettrice ou de l'actionnaire », in dossier « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 725.

¹¹⁰ Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹¹¹ L'associé est maître du sauvetage de l'entreprise, notamment par la possibilité de faire une offre de cession ou de participer à une augmentation de capital. V. CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, n°10, p. 305.

¹¹² Le professeur Coquelet souligne que : « *la loi de sauvegarde a elle-même fait le choix d'épaissir l'écran protecteur que constitue pour les associés la personnalité morale de la société en difficulté* » (COQUELET (M.-L.), « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, nov. 2010, dossier 6) ; V. aussi : REGNAUT-MOUTIER (C.), REGNAUT-MOUTIER (C.), « Procédures collectives - les risques et responsabilités en droit des procédures collectives. Propos introductif », *Rev. Proc. Coll.*, 2010, dossier 2, n°9.

¹¹³ MONSERIE-BON (M.-H.), « Une rentrée sous le signe de nouveaux chantiers », *BJE*, sept. 2019, n°117, p. 1 ; DAMMANN (R.), « Piste de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.*, 2018, p. 629 ; DAMMANN (R.), « Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives », *D.*, 2018, p. 2195 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Présentation du CREDIF et des travaux », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 9 ; DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le débiteur », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 92 ; ROUSSEL-GALLE (P.), « Brèves observations sur la loi « Macron » et le droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 541.

12 mars 2014¹¹⁴, puis par la loi n°2015-990 du 6 août 2015¹¹⁵ et enfin par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016¹¹⁶.

Depuis la loi n°2014-326 du 12 mars 2014, la position de l'associé a été fragilisée en procédure collective¹¹⁷. Si le droit des sociétés défend les droits des associés, il en est différemment du droit des entreprises en difficulté qui se doit d'assurer ses objectifs de poursuite de l'activité, de maintien de l'emploi et d'apurement du passif¹¹⁸. La satisfaction des associés ne constitue donc pas une finalité du droit des entreprises en difficulté¹¹⁹.

20. Un principe encore limité aux procédures collectives. Le droit français est apparu comme « *un pionnier* » en matière de prévention des difficultés¹²⁰. L'anticipation des difficultés de l'entreprise constitue désormais l'une des priorités de notre droit des entreprises en difficulté. Pour être plus précis, c'est la cessation des paiements que l'on cherche à éviter. En deçà de cette situation, qui va constituer un axe, on se situe dans de la prévention, alors qu'au-delà on sera dans le traitement des difficultés¹²¹. L'ordonnance du 23 septembre de 1967, qui institua la suspension provisoire des poursuites, amorça cet objectif d'anticipation des difficultés de l'entreprise et de la cessation des paiements. Cette volonté du législateur d'anticiper les difficultés, sera confirmée par la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise, laquelle introduira une procédure de règlement amiable et des mesures comme les droits d'alerte du commissaire aux comptes ou du comité d'entreprise. Une nouvelle étape fut enfin franchie avec l'instauration par la loi du

¹¹⁴ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. V. Dossier : « *Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites* », *Dr. et patr.*, Juillet-août 2014, p. 69, spéc. p. 70 ; LE CORRE (P.-M.), « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2014, p. 733.

¹¹⁵ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹¹⁶ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹¹⁷ V. en ce sens : LUCAS (F.-X.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS*, juin 2014, n°112b3, p. 403 ; LUCAS (F.-X.), « Nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté », *LEDEN*, 2014, n°4 ; LE CORRE (P.-M.), « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2014, p. 733.

¹¹⁸ C. Com. Art. L. 620-1 ; C. Com. Art. L. 631-1.

¹¹⁹ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n°7, p. 7.

¹²⁰ Sur l'approche « *plus tardive, discrète et unitaire* » des droits étrangers : V. MACORIG-VENIER (F.), « L'anticipation des difficultés de l'entreprise modernité du droit français et approche comparatiste », in SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (Dir.), *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, L.G.D.J., les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 340, spéc. p. 346 ; V. également : KUREK (E.), « Les procédures d'insolvabilité en Allemagne », *LPA*, 23 mai 2005, n°58, p. 14.

¹²¹ MACORIG-VENIER (F.), « L'anticipation des difficultés de l'entreprise modernité du droit français et approche comparatiste », in SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (Dir.), *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, L.G.D.J., les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 340.

26 juillet 2005 de la procédure de sauvegarde¹²². Cette procédure pourra être ouverte « *sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2, qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* »¹²³. La volonté d'anticiper les difficultés de l'entreprise apparaît ainsi clairement au fil des réformes. Aucune mesure de coercition de l'associé n'existe à ce stade des difficultés¹²⁴.

21. Le temps est souvent présenté comme l'un des principaux ennemis de l'entreprise en difficulté¹²⁵. Le contexte suppose en effet des mesures rapides, quelquefois autoritaires, nécessaires à la sauvegarde des entreprises. L'urgence d'un traitement des difficultés de l'entreprise explique en partie la rupture qui existe entre les dispositions du droit des procédures collectives et celles de la prévention traitement. C'est l'imminence d'une liquidation judiciaire qui justifie que l'associé soit contraint. Le droit des entreprises en difficulté ayant pourtant fait, depuis plusieurs années, le choix de développer les mesures permettant d'anticiper les difficultés de l'entreprise, il ne serait pas incohérent d'impliquer l'associé dès la mise en œuvre des procédures de prévention.

Néanmoins, l'instauration de mesures, empêchant l'actionnaire de bloquer les restructurations nécessaires à la survie de l'entreprise, reviendrait à nier le caractère contractuel de ces procédures, lesquelles se soucient d'éviter tout effet dissuasif. C'est pourquoi la participation contrainte de l'associé au sauvetage de l'entreprise doit se limiter aux seules procédures collectives, laissant à l'associé la liberté de prendre les mesures nécessaires à son sauvetage lorsque celle-ci est placée en procédure de prévention traitement.

La survie de l'entreprise est alors soumise à la volonté de l'associé. Plutôt que le contraindre, le droit des entreprises en difficulté cherche à informer l'associé, voire à l'inciter, en mettant à sa disposition plusieurs outils.

Lorsque la société subit des difficultés surmontables¹²⁶, les associés disposent en effet d'une

¹²² V. Notamment sur ce sujet : DRUMMEN (J.-B.), « Prévention et Sauvegarde », in SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (Dir.), *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, L.G.D.J., les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 340.

¹²³ C. Com. Art. L. 620-1.

¹²⁴ LUCAS (F.-X.), PORACCHIA (D.), « L'expropriation de l'associé qui ne finance pas la restructuration de la société en redressement judiciaire », in « *Le juriste dans la cité* », Études à la mémoire de NEAU-LEDUC (P.), L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 2018, n°6, p. 631.

¹²⁵ En ce sens : STAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « La « déjudiciarisation » du traitement des difficultés », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 171.

¹²⁶ Cette possibilité, offerte aux associés, n'est possible qu'en procédure de prévention traitement, comme le rappelle un arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 avril 1988. Les juges ont motivé leur décision, sur le fait qu'en procédure collective, cette compétence de demander une expertise de gestion reviendrait aux organes de la procédure. Aucune disposition ne les contraint à participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté : CA Paris 14 avr. 1988, *D.*, 1988, inf. rap., p. 143 ; *Bull. Joly*, 1988, 484 ; *Rev. Proc. Coll.*, 1989, 141, obs. LE CANNU (P.).

procédure d'alerte, leur permettant d'être informés sur les dangers que leur société peut encourir¹²⁷. Cette procédure d'alerte permettra aux associés de s'adresser au dirigeant pour lui demander des informations relatives à certains actes¹²⁸. Ce droit qui leur est accordé est toutefois relativement limité¹²⁹. Ce droit d'alerte manque donc d'efficacité¹³⁰ et « *permet tout au plus à l'associé de prendre date en montrant qu'il a été conscient des difficultés à un moment où les dirigeants se sont montrés trop optimistes* »¹³¹.

En procédure de conciliation, le droit de l'insolvabilité favorise l'apport d'argent frais grâce au privilège de new money¹³². Si l'alinéa 2 de l'article L. 611-11¹³³ écarte l'apport antérieur de ce privilège, l'associé pourra en bénéficier en apportant des fonds par l'intermédiaire du compte courant d'associé¹³⁴.

À ce stade des difficultés, on peut comprendre que la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise repose sur une intervention purement volontaire de celui-ci. Néanmoins, il est avéré que l'anticipation des difficultés est un préalable essentiel à la survie de l'entreprise. Certains auteurs pensent en ce sens que « *l'éviction des actionnaires, comme de certains créanciers, doit être possible, même en amont de l'état de cessation des paiements, lorsque la valorisation de la société le justifie* »¹³⁵. Cette évolution pourrait être cohérente avec les finalités poursuivies par le droit des entreprises en difficulté. Cependant, l'éviction de l'associé risque, une fois de plus de se heurter au filtre constitutionnel, lequel n'admet l'expropriation que sous des conditions très restrictives. Les difficultés de l'entreprise sont encore à ce stade surmontable, l'éviction de l'associé paraît alors

¹²⁷ V. L'article L. 223-35 pour les associés d'une société à responsabilité limitée et l'article L. 225-232 pour les actionnaires de sociétés par actions.

¹²⁸ On peut cependant regretter que le nombre de questions qui puisse être posé soit limité à deux : BRUNET (A.), GERMAIN (M.), « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes », *Rev. Sociétés*, 1985, I, n°60.

¹²⁹ D'abord, car cette procédure n'est ouverte qu'aux associés des sociétés à responsabilité limitée et aux actionnaires des sociétés par actions (DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. – Situation des associés*, Fasc. 2375, 15 sept. 2018, *Juris. Cl.*, n°3). Ensuite, car pour les sociétés anonymes, les actionnaires devront réunir au moins 5% du capital social (C. Com. Art. L. 225-232). Enfin, car la possibilité de poser des questions écrites ne pourra être exercée que deux fois par exercice.

¹³⁰ En ce sens : BRUNET (A.), GERMAIN (M.), « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 », *Rev. Sociétés*, 1985, I, n°60.

¹³¹ GUYON (Y.), « Le rôle de prévention des commissaires aux comptes », *JCP éd. E*, 1987, 15066, p. 622.

¹³² C. Com. Art. L. 611-11, al. 1.

¹³³ C. Com. Art. L. 611-11, al. 2 : « *Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital* ».

¹³⁴ Monsieur Revial, membre du comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI), a pu constater que : « *les créanciers - à qui il est souvent demandé des efforts financiers significatifs, voir l'apport de new money pour accompagner la restructuration de l'entreprise- sont particulièrement attentifs à un partage équitable des efforts et au respect de cette exigence économique par les actionnaires* » : REVIAL (T.), « Les actionnaires face à leurs responsabilités. Quelle responsabilité ? (2^e partie) », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, Juill. 2014, dossier 37, n°2.

¹³⁵ VERMEILLE (S.), BEZERT (A.), « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *D.*, 2013, p. 2045.

injustifiée. Établir une contrainte à leur égard serait contreproductive, l'objectif du législateur étant de rendre ces procédures attractives¹³⁶.

22. À l'inverse des dispositions régissant les procédures de prévention traitement, le droit des procédures collectives prévoit plusieurs mesures portant atteinte aux droits de l'associé afin de l'impliquer dans le sauvetage de l'entreprise. Cette évolution participe au projet du législateur de construire un droit de sociétés en difficulté.

C) La participation de l'associé au regard de l'apparition d'un droit des sociétés en difficulté

23. Les années passent, mais les difficultés demeurent « *lorsqu'il s'agit d'organiser la coexistence pacifique du droit des sociétés et du droit des procédures collectives* »¹³⁷. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014¹³⁸, l'associé se trouve au centre de ce « *choc des titans* »¹³⁹. L'implication de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise conduit irrémédiablement à la collision de « *deux poids lourds du droit des affaires* »¹⁴⁰ : le droit des entreprises en difficulté et le droit des sociétés.

24. Le nouveau statut de l'associé en droit des entreprises en difficulté va constituer le socle de la construction d'un véritable droit des sociétés en difficulté¹⁴¹ (1), lequel se manifeste par une participation de celui-ci au sauvetage de l'entreprise en difficulté (2).

1) La difficile conciliation du droit des sociétés et du droit de entreprises en difficulté

25. Les différentes mesures affectant l'associé en droit des entreprises en difficulté laissent entrevoir l'apparition d'un droit des sociétés en difficulté.

26. La relation complexe du droit des sociétés et du droit des entreprises en

¹³⁶ L'objectif de ces procédures est d'inciter le dirigeant associé à placer son entreprise en procédure collective, Contraire le dirigeant nuirait à ces procédures : MAURY (F.), « Inaccessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35.

¹³⁷ LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 7.

¹³⁸ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant la réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹³⁹ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les risques de l'ouverture d'une procédure collective pour les associés et les dirigeants », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. 2018, L'harmattan, p. 119.

¹⁴⁰ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les risques de l'ouverture d'une procédure collective pour les associés et les dirigeants », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'harmattan 2018, p. 119.

¹⁴¹ MARAUD (O.), *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, th. Bordeaux, T. 22, coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), 2021, n°1, p. 1.

difficulté. Contrairement à de nombreux pays voisins, comme la Grande-Bretagne, les dispositions régissant les sociétés en difficulté ne disposent pas, encore, d'un régime juridique propres¹⁴². L'avènement d'un droit des sociétés en difficulté, plus adapté à la situation des personnes morales, constituera l'un des sujets des prochaines réformes¹⁴³.

Le droit des entreprises en difficulté est souvent qualifié de droit impérieux. Jusqu'aux dernières réformes¹⁴⁴, le droit des sociétés faisait figure d'exception par sa résistance à celui-ci. Le professeur Roussel-Galle faisait le constat que : « *L'articulation du droit des procédures collectives avec les autres branches du droit ne va, le plus souvent, pas sans poser difficultés, ce d'autant que tantôt le droit des procédures collectives fait preuve d'impérialisme, tantôt il est mis à rude épreuve, tantôt il ignore ces autres branches. Assez curieusement, alors que les défaillances traitées par le Livre VI du Code de commerce concernent très souvent des sociétés, il s'intéresse fort peu au droit des sociétés à l'égard duquel il peut même paraître indifférent* »¹⁴⁵. Il est vrai que le Livre VI du Code de commerce n'a porté pendant longtemps que peu d'intérêt pour l'entreprise sociétaire et l'associé¹⁴⁶.

Cette situation n'est pas étonnante quand on connaît les difficultés de cohabitation entre ces deux droits¹⁴⁷. Le contexte qui sépare les deux matières va forcément induire un rapport de force. Le professeur Coquelet souligne : « *Mus par des logiques qui leur sont propres, ils se livrent chacun de leur côté à un soliloque qui frise trop souvent la cacophonie et fait en droit obstacle à l'émergence d'un « droit des sociétés en difficulté » digne de ce nom* »¹⁴⁸.

Les proximités entre le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté sont difficilement perceptibles. Monsieur Couturier soutient qu'il ne s'agit pas uniquement d'un

¹⁴² DAIGRE (J.-J.), *Entreprise en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*, avril 2018, Rép. D. Soc., Dalloz, n°1 ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n°11, p. 13.

¹⁴³ ROUSSEL-GALLE (P.), « L'émergence d'un droit spécial des sociétés en difficulté », *JCP E*, n°25, 21 juin 2018, 1331.

¹⁴⁴ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁴⁵ ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109. V. également : ROUSSEL-GALLE (P.), « L'introuvable droit des sociétés en difficulté », in Mélanges en l'honneur de MERLE (P.), *D.*, 2013, p. 607 ; PARACHKEVOVA (I.), « La complexification des procédures collectives par le droit des sociétés », in CERATI-GAUTHIER (A.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.) (Dir.), *Les procédures collectives complexes*, éd. 2017, Joly, p. 243.

¹⁴⁶ ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109.

¹⁴⁷ Pour une illustration : CERATI-GAUTHIER (A.), « La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : associés de la société débitrice et voies de recours », *JCP éd. E*, n°22, 29 mai 2008, 1716. V. aussi sur la cohabitation difficile entre le droit des sociétés et le droit des procédures collectives : LUCAS (F.-X.), « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, actes colloques CRAJEFE », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 14.

¹⁴⁸ COQUELET (M.-L.), « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, n°6, nov. 2010, dossier 6, n°2.

conflit opposant les normes de ces deux matières¹⁴⁹. Il semble trop réducteur de résoudre leur rapport par l'adage « *specialia generalibus derogant* », lequel supposerait que le droit des sociétés, entendu comme le droit commun, devrait se soumettre au droit spécial des entreprises en difficulté¹⁵⁰. C'est toute la particularité du droit des entreprises en difficulté, qui va s'adapter à la situation de l'entreprise et interagir avec le droit des sociétés pour satisfaire ses objectifs. La création d'un droit des sociétés en difficulté repose alors sur une seule ligne directrice, la préservation de l'entreprise.

La croisée des chemins est souvent source d'événements conflictuels, c'est le cas des mesures visant l'associé, point de croisement du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté¹⁵¹. Faire participer l'associé au sauvetage de l'entreprise menace l'harmonie et la cohérence déjà fragile entre le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté.

Néanmoins, la suprématie de l'associé constituait un obstacle à la réorganisation et au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Le législateur est alors intervenu pour rompre avec cet ordre établi. Il entreprend de fonder un véritable « *Droit des sociétés en difficulté* »¹⁵².

Le professeur Parachkévova considère que le droit des sociétés en difficulté est encore « *noyé dans le droit « transversal » de l'entreprise en difficulté* »¹⁵³. Bien qu'il ne soit plus « *introuvable* »¹⁵⁴, il est vrai que la Section 5 du Chapitre IV du Livre VI du Code de commerce, qui s'intitule : « *Dispositions particulières aux sociétés* », ne comporte pour l'instant qu'un seul article¹⁵⁵. Elle en

¹⁴⁹ Au delà de la confrontation des normes, le droit des entreprises en difficulté remet en cause le fonctionnement de la société et la liberté de gestion de l'entreprise. COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n°12, p. 14.

¹⁵⁰ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n°11, p. 14. V. également : LEGRAND (M.-N.), LUBY (M.), « Le dessaisissement de l'associé (Droit des procédures collectives ? Droit des sociétés ?) », in *Les droits et le droit*, Mélanges en l'honneur du professeur LE CANNU (P.), L.G.D.J., Dalloz, Paris, 2014, p. 705.

¹⁵¹ Sur les difficultés de concilier ces deux droits : V. Notamment pour exemple : HAMELIN (J.-F.), « Articulation du droit des procédures collectives et du droit des sociétés, toujours et encore des problèmes... », *LEDC*, n°10, p. 7.

¹⁵² V. Notamment sur l'émergence d'un droit des sociétés en difficulté : LUCAS (F.-X.), PORACCHIA (D.), « L'expropriation de l'associé qui ne finance pas la restructuration de la société en redressement judiciaire », in « *Le juriste dans la cité* », Études à la mémoire de NEAU-LEDUC (P.), L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 639.

¹⁵³ PARACHKEVOVA (I.), « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *BJS*, 1 oct. 2018, n°10, p. 600.

¹⁵⁴ ROUSSEL-GALLE (P.), « L'introuvable droit des sociétés en difficulté », in Mélanges en l'honneur de MERLE (P.), 2012, *D.*, p. 608.

¹⁵⁵ L'article L. 624-20 du Code de commerce.

Sans compter que pour l'instant, l'application de ce droit des sociétés en difficulté n'intervient que lorsque l'associé gêne l'adoption de mesures nécessaires à l'adoption du plan (Sur le peu de règles touchant les sociétés en procédure collective : PARACHKEVOVA (I.), « La complexification des procédures collectives par le droit des sociétés », in CERATI-GAUTHIER (A.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.) (dir.), *Les procédures collectives complexes*, 2017, Joly, Pratique des affaires, p. 243). L'ouverture de la procédure collective ne perturbent donc pas fondamentalement les dispositions du Livre II du Code de commerce (CERATI-GAUTHIER (A.), « Plaidoyer pour

constitue néanmoins un point de départ.

Ce projet d'un véritable « *Droit des sociétés en difficulté* » est pourtant devenu nécessaire, tant au regard du nombre d'entreprises sous forme sociétaire¹⁵⁶ que de l'inadaptation des dispositions du droit des entreprises en difficulté à cette forme d'entreprise. La difficulté pour le législateur sera de concilier les principes du droit des sociétés protégeant les droits de l'associé avec un droit des entreprises en difficultés soucieux de la pérennité de l'entreprise.

Ainsi, dans la mesure où droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté tendent à évoluer vers des logiques qui leurs sont propres, il apparaît nécessaire de créer un droit des sociétés en difficulté. Un certain ordre public économique impérieux devra conduire à certains sacrifices de l'associé.

2) L'évolution du statut de l'associé en droit des entreprises en difficulté

27. Le législateur a engagé un durcissement de la position de l'associé en procédure collective¹⁵⁷. Depuis l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014¹⁵⁸, « *les associés ou actionnaires voient leurs obligations fortement renforcées et leurs droits remis en cause* »¹⁵⁹. Même si certains auteurs minimisent cette évolution¹⁶⁰, le droit des entreprises en difficulté évolue désormais vers un idéal, celui « *du bon actionnaire* »¹⁶¹.

la désignation d'un « représentant des associés », in CERATI-GAUTHIER (A.) et PERRUCHOT (V.) (dir.), *Les procédures collectives complexes*, 2017, Joly, Pratique des affaires, p. 77).

¹⁵⁶ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, traité de droit des affaires, traité de droit des affaires*, 22^{ème} éd. 2017, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), L.G.D.J., n°1502, p. 10.

¹⁵⁷ V. En ce sens : LEBEL (C.), « Le départ d'un associé d'une société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 29.

¹⁵⁸ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹⁵⁹ KUNTZ (J.-E.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la prévention des difficultés des entreprises et les procédures collectives : une réforme en demi-teinte », 18 mars 2014, in La conférence EFE « Nouvelle ordonnance sur la prévention des difficultés des entreprises et procédures collectives ». Sur le renforcement des contraintes pesant sur l'associé d'une société en difficulté : JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, 11^{ème} éd. 2019, LexisNexis, n°33, p. 25.

¹⁶⁰ Il en est ainsi du professeur Dom qui considère que : « *La situation des associés, lorsqu'une procédure collective frappe la société à laquelle ils sont liés, a, en apparence, peu évolué ces dernières années. En effet, les récentes modifications du droit des procédures collectives n'ont pas bouleversé le droit applicable aux associés. Celui-ci reste le fruit d'une savante alchimie jurisprudentielle et doctrinale des réglementations applicables en matière de société et de procédures collectives* » (DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. – Situation des associés*, Fasc. 2375, 15 sept. 2018, *Juris. Cl.*, n°1) ; En ce sens également : MENJUCQ (M.), « Contrat de société et droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 jan. 2019, n°1, p. 60 ; RAKOTOVAHINY (M.), « L'information des associés d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 24 ; Sur l'absence de devoir d'actionnaire : DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, avril 2018, *Rép. D. Soc.*, Dalloz, n°270.

¹⁶¹ Sur la promotion des devoirs de l'associé et de l'idée du « *bon actionnaire* » : MESTRE (J.), « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 77.

28. Rétrospective sur un personnage longtemps oublié. Avant l'ordonnance du 12 mars 2014, l'associé était le personnage oublié¹⁶² ou plutôt écarté du Livre VI du Code de commerce. Déjà, sous l'empire de la loi n°67-563 du 13 juillet 1967¹⁶³, l'absence de mesures visant l'associé contrariait le professeur Martin-Serf¹⁶⁴. Quelques années plus tard, cette absence d'intérêt pour les associés fut encore évoquée lors d'un colloque à Nice, par le professeur Lucas, déclarant à leur propos que « *ces pâles figurants sont sans conteste les parents pauvres de la procédure* »¹⁶⁵. Le même constat fut dégagé par madame Cerati-Gauthier après la loi de sauvegardes des entreprises du 26 juillet 2005¹⁶⁶ : « *Les lois passent, les habitudes restent... Pas plus que ses prédécesseurs, le législateur de 2005 ne s'est directement soucié du sort réservé à l'associé d'une société soumise à une procédure collective. La doctrine, elle aussi, boude ce personnage pourtant central* »¹⁶⁷. Au fil des évolutions du traitement des difficultés des entreprises, l'associé demeura l'éternel oublié du Livre VI du Code de commerce.

29. Le droit des sociétés, protecteur des intérêts de l'associé, s'appliquait alors pleinement lorsque l'entreprise en difficulté était en procédure collective. Jouissant de l'intégralité de ses prérogatives, l'associé disposait alors d'un pouvoir décisif sur le sort de l'entreprise¹⁶⁸. Malgré

¹⁶² V. En ce sens : LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 7, n°2 ; ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, déc. 2009, n°226, p. 1109 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305, n°10 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « Droit de vote de l'associé : des atteintes mesurées », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 16, n°135 ; « Faillites et personnes morales », in Étude dédiées à Roblot (R.), *Aspects actuels du droit commercial français*, L.G.D.J., 1984, p. 449 ; DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaire. - Situation des associés*, Fasc. 2375, 15 sept. 2018, *Juris. Cl.*, n°3 ; CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. 2002 Aix-Marseille, PUAM, p. 14, n°1 ; MARQUET (J.-Y.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, n°148, p. 43.

¹⁶³ Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

¹⁶⁴ L'absence d'intérêt pour l'associé était déjà critiquée sous la loi du 13 juillet 1967 : MARTIN-SERF (A.), « Faillite et personnes morales », Étude dédiées à ROBLOT (R.), in *Aspects actuels du droit commercial français*, 1984, L.G.D.J., p. 449 et spéc. p. 466 et s.

¹⁶⁵ LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 7 ; Dans le même sens : DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaire. - Situation des associés*, Fasc. 2375, 15 sept. 2018, *Juris. Cl.*, n°3 ; CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. 2002 Aix-Marseille, PUAM, n°1, p. 14 ; SCHODERMEIER (M.-D.), « Le redressement ou la liquidation judiciaires de la société émettrice ou de l'actionnaire », in dossier « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 725.

¹⁶⁶ Loi n°2005-545 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹⁶⁷ CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305, n°1.

¹⁶⁸ CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305, n°1 ; V. en ce sens également : MONSERIE-BON (M.-H.), « Le plan de sauvegarde », in dossier « *Les grandes options de la loi de sauvegarde* », *Dr. Et Patr.*, n°146, mars 2006, p. 75 ; BRUNET (A.), GERMAIN (M.), « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 », *Rev. Sociétés*, 1985, p. 54.

S'insurgeant contre l'individualisme dont peuvent faire preuve certains associés, le professeur Ripert constatait déjà avec regret que : « *Le législateur s'attache désespérément à sauvegarder les droits de ces propriétaires souverains que seraient les actionnaires. Méritent-ils un tel intérêt ? Ils ont apporté des capitaux pour en retirer un profit sans travail. Leur acte est purement*

L'ouverture de la procédure collective, les droits de l'associé n'étaient que très peu affectés¹⁶⁹. Libre de toute contrainte, l'associé privilégiait le plus souvent son intérêt, au détriment de la pérennité de l'entreprise¹⁷⁰.

30. Cette liberté de l'associé confrontée aux difficultés de l'entreprise a été démontrée dans la thèse de madame Cerati-Gautier¹⁷¹. De façon plus indirecte, on peut aussi se référer à deux thèses consacrées à l'étude combinée du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté pour vérifier cette absence d'implication de l'associé dans le traitement des difficultés de l'entreprise. Ce constat est vérifié tout d'abord dans la thèse de monsieur Calendini¹⁷², puis dans celle de monsieur Couturier¹⁷³. En dehors de ces remarquables thèses, la doctrine ne s'était que très peu intéressée au sort des associés d'une société en procédure collective¹⁷⁴. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, la doctrine, avec notamment les thèses de monsieur Maraud¹⁷⁵

*intéressé. Non pas même cet intérêt du créateur qui a sa beauté, mais cet intérêt sordide de gagner le plus en risquant le moins. Ils n'ont pas l'esprit d'entreprise mais l'esprit d'épargne et de spéculation (...) Les actionnaires ne sont pas les maîtres de la société. Ils ne tiennent pas à l'être. Ils se considèrent seulement comme des créanciers, dociles ou furieux, suivant la marche des affaires sociales : des moutons ou des tigres, dit irrévérencieusement un auteur belge, mais toujours des bêtes. Disons plus poliment des indifférents, des passants » (RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd. 1951 Paris, L.G.D.J., p. 105). Ces mots, écrits par le professeur Ripert, décrivent le désintéret de certains associés pour leur entreprise. Il faut pourtant distinguer ce qui se comportent comme de simple bailleurs de fond ou investisseurs et les autres. V. Sur la distinction entre bailleur de fond (ou investisseur) et la notion d'associé : LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », *RD banc. et fin.* 2002, p. 216 ; LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières – Pour une fiducie de valeurs mobilière*, th. 1997, L.G.D.J., préface de LORVELLEC (L.), nos°294 et s. ; SCHMIDT (D.), *Les droit de la minorité dans les sociétés anonymes*, th. 1970, Sirey, préface de BISCHOFF (J.-M.), nos°12 et s. ; CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, th. Paris 1962, Sirey, préface de LOUSSOUARN (Y.) ; RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd. 1951 Paris, L.G.D.J.*

¹⁶⁹ LEBEL (C.), « Le départ d'un associé d'une société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 29 ; LUCAS (F.-X.), « L'ordonnance de 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS*, juin 2014, n°112b3, p. 403 ; MONSERIEBON (M.-H.), « Vivre en procédure collective, les droits des associés », *Rev. Proc. Coll.*, 2013, dossier 7 ; COQUELET (M.-L.), « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, nov. 2010, dossier 6 ; BELLOT (T.), GREVET (J.-L.), 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 ? », in « La loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, 2010, table ronde 3 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305 ; LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 7.

¹⁷⁰ Les associés sont essentiellement motivés par une volonté de rentabilité à court terme, qui est une des causes de la crise que nous subissons. Cette crise peut en effet s'expliquer par le fait que : « *l'entreprise est un lieu d'investissement qui doit être rentable dans un délai court, ce qui peut apparaître contradictoire avec la nécessité d'assurer la pérennité de l'entreprise et le bonheur de ceux qui la composent, la gouvernance étant de plus en plus strictement encadrée par des investisseurs jaloux de leurs prérogatives, se comportant davantage en créanciers qu'en associés* » : « *Propos introductif* » in dossier « *La cupidité en droit des affaires* », *Gaz. Pal.*, n°365, 31 déc. 2013, n°156.

¹⁷¹ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. 2002 Aix-Marseille, PUAM.

¹⁷² CALENDINI (J.-M.), *Le régime juridique des sociétés commerciales en redressement judiciaire ou en liquidation des biens – Recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, th. 1983 Paris Dact.

¹⁷³ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J.

¹⁷⁴ CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305, n°10.

¹⁷⁵ MARAUD (O.), *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, th. Bordeaux, T. 22, coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), 2021.

et de madame Sottas¹⁷⁶, se penche à nouveau sur le sujet.

31. Avant la réforme du 12 mars 2014¹⁷⁷, l'existence d'un « *devoir de soutien* » à la charge de l'associé reposait alors sur de simples considérations morales et non sur des considérations juridiques¹⁷⁸. Monsieur Teboul estimait que « *ce « devoir de l'actionnaire » n'était pas une réalité juridique, mais plutôt une locution usuelle employée sans réel prolongement pratique* »¹⁷⁹. Le professeur Daigre soulignait également que « *dans le droit des entreprises en redressement judiciaire comme dans celui des sociétés in bonis, il n'existe pas de « devoir d'actionnaire » dans les sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés dans le passif social est limitée à leur apport* »¹⁸⁰. Aucun devoir, autre que moral, de l'associé envers l'entreprise, n'était alors décelable dans les dispositions du droit des entreprises en difficulté. Seule l'instrumentalisation de certaines mesures pouvait permettre d'impliquer l'associé¹⁸¹.

32. Les éventuelles réticences du législateur à impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise. Impliquer l'associé à l'effort commun présente pourtant un intérêt évident pour la sauvegarde et le redressement des entreprises en difficulté mais trois conséquences préjudiciables peuvent en découler¹⁸².

Diminuer les droits de l'associé risque tout d'abord de décourager l'esprit d'entreprise¹⁸³ et pénaliser notre économie. Madame Pariente mettait notamment en garde le législateur contre un renforcement des contraintes à l'égard des associés. Selon elle, « *la réflexion ne doit pas (...) amener à des propositions qui pèseraient sur ceux qui ont le courage d'investir* »¹⁸⁴. Suivant ce raisonnement, le législateur a longtemps hésité à restreindre les pouvoirs de l'associé lorsque l'entreprise est défaillante. L'idée d'une participation contrainte de l'associé au sauvetage de l'entreprise s'oppose au système économique gouvernant notre droit des sociétés, qui tend à favoriser la

¹⁷⁶ SOTTAS (M.), *L'associé au soutien de la société en difficulté*, th. Toulouse 2020.

¹⁷⁷ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹⁷⁸ MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. 2004, *Economica*, t. 6, nos°165 et s., p. 1467 ; CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. 2002 Aix-Marseille, PUAM, n°1, p. 14.

¹⁷⁹ TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, oct. 2015, n°211, p. 5.

¹⁸⁰ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, avril 2018, Rép. D. Soc., Dalloz, n°270 ; V. également : note VIDAL (D.), sous CA Paris, 13 juin 1985, RJ com., 1986. 185.

¹⁸¹ Ces moyens de pression pouvaient notamment être enclenchés par les organes de la procédure. La mesure de cession forcée des titres de l'associé dirigeant constituait notamment une menace efficace à l'encontre des associés dirigeants réfractaire au soutien de leur société.

¹⁸² Sur ces trois conséquences : V. MESTRE (J.), « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 77.

¹⁸³ Sur cette atteinte à la liberté d'entreprendre et d'investir : JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, 11^{ème} éd. 2019, LexisNexis, n°33, p. 25.

¹⁸⁴ PARIENTE (M.), « Les groupes de sociétés et la loi de 1966 », *Rev. Sociétés*, 1966, p. 465.

création d'entreprises¹⁸⁵. La volonté de favoriser l'entrepreneuriat a conduit à une « *quasi-immunité [des associés] en dépit de l'ouverture de la procédure contre la société* »¹⁸⁶.

La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté semble en outre s'opposer à de nombreux principes du droit des sociétés. Alors que celui-ci a été bâti en suivant une logique libérale¹⁸⁷, démocratique et évoluant vers une approche plus contractuelle¹⁸⁸, le droit des procédures collectives doit assurer le sauvetage de l'entreprise par une intervention judiciaire. Tout l'intérêt de la création d'une société est d'assurer une protection de l'associé par l'effet de la séparation des patrimoines. Ainsi, comme le souligne Madame Cerati Gauthier : « *au nom du principe d'indépendance de la société et de chacun de ses membres, au nom du principe d'autonomie de leurs patrimoines respectifs, la procédure qui atteint la société ne peut avoir d'impact sur les associés* »¹⁸⁹. La difficulté tient ainsi à la conciliation du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté¹⁹⁰, lesquels assument des finalités différentes. Le renforcement des obligations et des devoirs de l'associé en procédure collective va inévitablement entrer en conflit avec les normes et les conceptions qui régissent le droit des sociétés. Il est également paradoxal de renforcer les devoirs de l'associé alors que « *notre droit contemporain a fait le pari, pour relancer l'économie, de faire souffler le vent de la liberté* »¹⁹¹.

Enfin, l'implication de l'associé, peut faire fuir les investisseurs et les capitaux. La diminution des droits de l'associé et l'instauration de devoirs à sa charge pourraient produire l'effet d'un « *repoussoir* ». Remettre en cause les droits de l'associé afin qu'il participe au sauvetage de l'entreprise jouera indéniablement dans la concurrence qui peut exister entre le droit français et d'autres états plus protecteurs des droits de l'associé.

Ce sujet a donc incontestablement une portée économique. Ces différents risques pour l'économie et la cohérence de notre droit peuvent expliquer que le législateur ait fait le choix

¹⁸⁵ Sur l'immunité des actionnaires et la gestion des risques : MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit, méthode du droit*, 2^{ème} éd. 2008, Dalloz, nos^o1795 et s., p. 487.

¹⁸⁶ CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305.

¹⁸⁷ Notamment pour les sociétés par actions simplifiées ou les commandite par actions où le législateur a choisi d'insuffler un vent de liberté afin de relancer notre économie : MESTRE (J.), « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 77.

¹⁸⁸ V. POITRINAL (F.-D.), *La révolution contractuelle du droit des sociétés, vers l'entreprise citoyenne*, éd. RB 2019, Acte 2, avec la collaboration de monsieur POITRINAL (F.-D.) ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n^o17, p. 24.

¹⁸⁹ CERATI-GAUTHIER (A.), « Plaidoyer pour la désignation d'un « représentant des associés », in CERATI-GAUTHIER (A.) et PERRUCHOT (V.) (dir.), *Les procédures collectives complexes*, 2017, Joly, Pratique des affaires, p. 77 ; CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. 2002 Aix-Marseille, PUAM, n^o1, p. 14.

¹⁹⁰ LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 7.

¹⁹¹ MESTRE (J.), « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 77.

jusqu'à aujourd'hui de ne pas impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

33. Les motivations du législateur à impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise. Pourtant, les procédures collectives œuvrent également pour la préservation d'intérêts économiques importants, elles régissent des contextes de crises dans lesquels la logique libérale protégeant les associés est inadaptée.

De plus, elle permet de neutraliser, en partie, une pratique des associés, qui, profitant de cette situation avantageuse, ont instrumentalisé la procédure collective à des fins personnelles. Ne subissant aucune contrainte, les associés ont notamment utilisé les règles impératives de la procédure de sauvegarde contre les créanciers. L'associé a ainsi pu profiter de la procédure collective pour servir ses intérêts¹⁹².

¹⁹² BELLOT (T.), GREVET (J.-L.), 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 ? », in « La loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, 2010, table ronde 3 ; DAMMANN (R.), ROBINET (M.), « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », in dossier « *La loi de sauvegarde à l'épreuve des sociétés* », *BJS*, 2009, p. 1116, §227. Si cette instrumentalisation peut paraître inappropriée, elle reste toutefois conforme à la loi. Comme le précise la jurisprudence, l'ouverture d'une procédure collective est soumise à des conditions bien précises, peu importent les motivations des associés. Deux arrêts de la Cour de cassation illustrent cette application stricte des conditions d'ouverture de la procédure collective (V. En ce sens : PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, th. 2013, T.1, L.G.D.J., collection bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, préface de LUCAS (F.-X.), n°2, p. 4). Un premier arrêt du 8 mars 2011 (Cass. Com., 8 mars 2011, n°10-13.988, *JCP éd. E.*, 2011, 1215, note COURET (A.) et DONDERO (B.) ; *JCP. Ed. E.*, 2011, 1263, n°1, obs. PETEL (P.) ; *Rev. Sociétés*, 2011, p. 404, note GRELON (B.) ; *D.*, 2011, p. 743, obs. LIENHARD (A.) et p. 919, note LE CORRE (P.-M.) ; *Journal des sociétés*, juin 2011, n°88, p. 73, note GIBIRILA (D.)), dit affaire « cœur défense » (V. LUCAS (F.-X.), « Épilogue Cœur défense : *vade mecum* du plan de sauvegarde », *LEDEN*, avril 2013, n°4, p. 5 ; DAMMANN (R.), DE GERMAY (L.), « L'épilogue de l'affaire Cœur défense : quels enseignements en tirer ? », *BJS*, avril 2012, n°4, p. 329 ; DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « éditorial-Cœur Défense : une sauvegarde qui renaît de ses cendres », *BJE*, mai 2011, p. 97 ; GORRIAS (S.), « La sauvegarde enfin libérée : l'arrêt de principe « Cœurs défense », *LEDEN*, avril. 2011 ; TEBOUL (G.), « La sauvegarde reprend des couleurs : le nouvel arrêt Cœur Défense », *LPA*, mars 2011, n°51, p. 6 ; TEBOUL (G.), « L'affaire "Cœur Défense" : du nouveau », *LPA*, 9 mars 2010, n°48, p. 12), a précisé qu'une procédure de sauvegarde pouvait être ouverte, alors même que cette action a pour principale motivations les intérêts des associés. Deux auteurs rappellent que : « *L'image de la procédure sauvegarde a été dégradée par l'incroyable saga Cœur Défense (Cass. Com., 8 mars 2011, n°10-13988), dans laquelle le tribunal a imposé un plan rejeté par plus de 90% des créanciers. Les investisseurs internationaux ont eu le sentiment que la procédure de sauvegarde permettait de broyer les créanciers au seul profit de l'actionnaire qui a pourtant perdu sa mise* » (DAMMANN (R.), GUERMONPREZ (M.), « L'harmonisation franco-allemande des procédures collectives : adaptation de la sauvegarde », *BJE*, mars 2018, n°2, p. 77). En l'espèce, une société mère pouvait perdre le contrôle de sa filiale, du fait de la mise en jeu d'un pacte commissaire par un créancier nanti. Pour faire échec à cette menace, les associés demandèrent à bénéficier d'une procédure de sauvegarde. Alors que la cour d'appel refusa leur demande (CA Paris, 25 févr. 2010, *D.*, 2010, p. 57, obs. DAMMANN (R.), PODEUR (G.) ; TEBOUL (G.), « L'affaire "Cœur Défense" » : du nouveau », *LPA*, 9 mars 2010, n°48, p. 12). , la Cour de cassation leur donna raison. Cette solution paraît en effet cohérente et en accord avec les termes des textes. Même si la procédure de sauvegarde sert indirectement les intérêts des actionnaires, elle avait également pour intérêt de sauvegarder l'entreprise, bien qu'elle ait desservi les intérêts des créanciers. Monsieur Teboul avait d'ailleurs pu dire « *Cette arrêt sera sans doute critiqué par les tenants d'une théorie qui consiste à faire du créancier un partenaire tout puissant. Nous rappellerons pour notre part, que la loi a toujours voulu assurer un équilibre entre les intérêts en présence, qu'il s'agisse des intérêts des créanciers mais aussi ceux de l'entreprise, de ses actionnaires, des ses salariés et de ses partenaires, notamment clients* » : V. TEBOUL (G.), « La sauvegarde reprend des couleurs : le nouvel arrêt Cœur Défense », *LPA*, mars 2011, n°51, p. 6.

Un deuxième arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 2012 (Cass. Com., 3 juill. 2012, n°11-18.026, *BJS*, sept. 2012, p. 631, note PELLETIER (N.) ; *BJE*, Sept 2012, p. 279, note NEAU-LEDUC (C.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2013, p. 29,

Parmi les autres motivations de cette évolution, l'amélioration des mesures traitant des difficultés de l'entreprise tient logiquement le premier rôle. Deux auteurs faisaient le constat en 2013 que : « *en dépit de l'évolution de l'économie et de la finance qui tend à multiplier les situations dans lesquelles une société peut être viable d'un point de vue opérationnel, mais insolvable sur un plan financier, le droit français des entreprises en difficulté reste principalement focalisé sur une vision de la société entrepreneuriale. Il peine dès lors à dissocier le sort des actionnaires de celui de l'entreprise, c'est-à-dire l'outil de biens de production ou de service, et ce, même lorsque les sociétés sont de taille significative. Cette situation empêche le désendettement dans des proportions suffisantes des sociétés qui ont, au cours de ces dernières années, beaucoup eu recours à la dette pour financer leurs projets d'investissement* »¹⁹³. Le droit des entreprises en difficulté devait se doter de moyens permettant éventuellement la cession du contrôle de la société dès l'apparition de difficultés sérieuses. Une des options pour redresser l'entreprise sera l'appel de nouveaux concours financiers, lesquels impliquent, le cas échéant, un transfert du contrôle de la société par une cession forcée des titres ou une conversion de la dette en actions¹⁹⁴. L'actionnaire ou l'associé a perdu son droit de demeurer dans la société dès lors que celle-ci est devenue insolvable. C'est la solution à laquelle conduit les travaux du prix Nobel d'économie, le professeur Merton, qui considère que la protection de l'entreprise rend légitime l'atteinte faite au droit de propriété des associés¹⁹⁵.

Dans l'état antérieur du droit, l'associé pouvait profiter des gains acquis par la société, tout en partageant son risque de perte avec les créanciers. Les associés étaient « *les maîtres de la société et les propriétaires de l'entreprise* »¹⁹⁶. La connexion entre le pouvoir et la responsabilité était alors rompue¹⁹⁷. Ce pouvoir de l'associé sur l'entreprise s'exprime par les divers droits dont il dispose

note SAINTOURENS (B.) ; *JCP éd. E*, 2012, 1757, note PETEL (P.) ; *Journal des sociétés*, juill. 2013, n°110, p. 47, note RUELLAN (F.-X.) a confirmé la finalité de l'arrêt du 8 mars 2011. En l'espèce, la société Sodimedical a été mise en procédure de liquidation judiciaire alors que l'ouverture de cette procédure collective avait essentiellement pour motif de justifier un licenciement pour cause économique (PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, th. 2013, T.1, L.G.D.J., collection bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, préface de LUCAS (F.-X.), n°2, p. 4).

Enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 15 novembre 2017 (Cass. Com., 15 nov. 2017, n°16-19.690, *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2018, n°321n3, p. 58, note REILLE (F.)) a réaffirmé les positions prises par les juges dans les arrêts Cœur Défense et Sodimedical, ne considérant pas les mobiles du débiteur pour l'ouverture d'une procédure collective

¹⁹³ VERMEILLE (S.), BEZERT (A.), « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *D.*, 2013, p. 2045.

¹⁹⁴ VERMEILLE (S.), BEZERT (A.), « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *D.*, 2013, p. 2045.

¹⁹⁵ V. En ce sens : TEBOUL (G.), « Petite sonate d'automne du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2013, n°148t.9.

¹⁹⁶ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales*, 2017, T. 2, L.G.D.J., p. 301, n°1917 ; COURET (A.), « Le droit des sociétés, un droit post moderne », *BJS*, mai 2015, n°113, p. 213.

¹⁹⁷ En effet, alors que l'associé avait perdu sa mise, il disposait toujours du droit de mettre en péril son entreprise en refusant des restructurations nécessaires à son sauvetage. Sur la connexion entre le pouvoir et la

sur la société. L'assemblée demeurerait souveraine malgré l'importance des délibérations pour le sauvetage de l'entreprise¹⁹⁸. Sans qu'il soit nécessairement majoritaire dans la détention du capital social, l'associé détient un « *pouvoir de nuisance* »¹⁹⁹ pouvant mettre en échec la survie de la société.

L'hégémonie de l'associé sur le sort de l'entreprise et des parties prenantes de celle-ci²⁰⁰, aussi appelées les « *stakeholders* »²⁰¹, compromettrait l'équilibre des différents intérêts qui doit régner lors d'une procédure collective. Le droit des entreprises en difficulté doit alors arbitrer de façon équitable entre ces différents intérêts, dont le point de convergence le plus évident semble être la préservation de l'entreprise.

34. L'incidence de l'analyse économique du droit. C'est sous l'impulsion d'une analyse économique²⁰² du droit que la situation de l'associé en droit des procédures collectives a évolué²⁰³. Cette influence de l'économie sur notre droit a pu faire dire à plusieurs auteurs qu'il : « *est permis de se demander si le droit des entreprises en difficulté n'est pas devenu un simple levier, parmi d'autres, au service de l'accomplissement de finalités économiques. De ce fait, les théories économiques influent plus que jamais sur le contenu des règles de droit* »²⁰⁴.

responsabilité : SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : Les connexions radicales*, th. 2002, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), nos^o500 et s., p. 247.

¹⁹⁸ Le professeur Lucas note en sens que l'assemblée des associés « *demeure souveraine et qu'elle peut fort bien ne respecter les prévisions du plan* » : LUCAS (F.-X.), « 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 », *BJE*, 2013/5, p. 332 ; V. Également en ce sens : DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des associés.*, Fasc. 2375, 15 sept. 2018, *Juris. Cl.*, n^o103.

¹⁹⁹ MARQUET (J.-Y.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, n^o148, p. 43.

²⁰⁰ Sur l'entreprise creuset d'intérêts : V. notamment : DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le débiteur », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 91.

²⁰¹ MERCIER (V.), « Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés », *BJS*, nov. 2019, n^o120, p. 44 ; TREBULLE (F.-G.), « Stakeholders theory et droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2006, p. 1227.

²⁰² Sur l'analyse économique du droit en général. V. MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd. 2008.

²⁰³ V Conseil d'analyse économique, *Les enjeux économiques du droit des faillites : les notes du Conseil d'analyse économique juin 2013*. En ligne : http://www.Cae-eco.fr/Les_enjeux-économiques-du-droit-des-faillites.html, le 21/10/2021.

V. à ce sujet : OUTIN-ADAM (A.), ALEXANDRE-CASSELLI (C.), ZOLOMIAN (M.), « Le droit des entreprises en difficulté en 3D », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (M.)*, LexisNexis-L.G.D.J., 2015, n^o38, p. 636. MOUIAL-BASSILANA (E.), PARACHKEVOVA (I.), « Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté, vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté », *RIDE*, 2012, dossier n^o5 ; « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n^o3, mai 2015, Entr. 2 ; PLANTIN (G.), THESMAR (D.), TIROLE (J.), « Les enjeux économiques du droit des faillites », note du conseil d'analyse économique, juin 2013, (étude d'impact 10 décembre 2014, p. 132, projet de loi pour la croissance et l'activité, étude d'impact 2). Certains s'étaient pourtant opposé à une éventuelle aggravation de la situation des associés : V. MACORIG-VEGNIER (F.), MONSERIE-BON (M.-H.), SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Rapport du Conseil d'analyse économique relatif aux « enjeux économiques du droit des faillites » », *Rev. Proc. Coll.*, n^o6, nov. 2013, alerte 13.

²⁰⁴ OUTIN-ADAM (A.), ALEXANDRE-CASSELLI (C.), ZOLOMIAN (M.), « Le droit des entreprises en difficulté en 3D », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (G.)*, LexisNexis-L.G.D.J., 2015, n^o38, p. 636.

Une analyse des enjeux économiques du droit des procédures collectives a mis en évidence à propos des associés « *que la place que leur a réservée le législateur jusqu'ici, trop favorable comparée à celle des créanciers, nuisait à l'efficacité des dispositifs de sauvetage des entreprises en difficulté* »²⁰⁵. Le droit des entreprises en difficulté est alors le siège d'un nouveau débat opposant l'intérêt des associés à ceux des créanciers. Plusieurs auteurs pensent même que : « *de la conception traditionnelle du droit des entreprises en difficulté centrée sur le débat de la dissociation du sort de l'homme et de l'entreprise, on est passé à une autre, davantage axée sur la place entre actionnaires et créanciers* »²⁰⁶.

La comparaison avec d'autres pays permet de vérifier que la France se distinguait clairement par la faible protection qu'elle accorde aux intérêts des créanciers²⁰⁷. C'est ce déséquilibre qui nuirait à la poursuite de l'activité et de l'emploi²⁰⁸, compliquant l'accès au financement par endettement. Depuis plusieurs années, la doctrine dénonçait un déséquilibre fréquent et croissant entre les intérêts des associés et ceux des créanciers. À la différence des associés, sur lesquels le droit des procédures collectives n'avait aucun effet, les créanciers subissaient les règles impératives, limitant leurs droits et leurs actions sur le débiteur.

En effet, le poids des sacrifices imposées aux créanciers est significatif depuis la loi du 25 janvier 1985²⁰⁹. Alors que le paiement des créanciers était considéré comme la priorité du droit des entreprises en difficulté, la loi du 25 janvier 1985 fit clairement basculer cette finalité au « *second plan* »²¹⁰. La préservation de l'entreprise et le maintien de l'activité et de l'emploi doivent depuis primer sur l'apurement du passif²¹¹. Soucieux de garantir la préservation du débiteur, le législateur a quelque peu oublié le paiement des créanciers, rompant ainsi avec cet objectif qui fut la priorité pendant plusieurs siècles²¹². Le traitement prioritaire de la défaillance des entreprises a ainsi progressivement contribué à la dégradation de la situation des créanciers.

²⁰⁵ LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, p. 249, n°76-261 ; V. également : VERMEILLE (S.), BEZERT (A.), « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *D.*, 2013, Chron. 2045.

²⁰⁶ OUTIN-ADAM (A.), ALEXANDRE-CASELI (C.), ZOLOMIAN (M.), « Le droit des entreprises en difficulté en 3D », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (M.)*, LexisNexis-L.G.D.J., 2015, n°38, p. 636.

²⁰⁷ PLANTIN (G.), THESMAR (D.), TIROLE (J.), « Les enjeux économiques du droit des faillites », les notes du conseil d'analyse économique, n°7, juin 2013.

²⁰⁸ VERMEILLE (S.), BEZERT (A.), « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *D.*, 2013, chron. 2045.

²⁰⁹ Sur une évolution de la prise en compte des intérêts collectifs et individuels des créanciers : PEROCHON (F.), « Les intérêts des créanciers : quelle évolution depuis 30 ans ? », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 111.

²¹⁰ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. 2013 Lyon III, L.G.D.J., n°14, p. 21.

²¹¹ C. Com. Art. L. 620-1 ; C. Com. Art. L. 631-1.

²¹² PEROCHON (F.), « Les intérêts des créanciers : quelle évolution depuis 30 ans ? », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, 2017, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 111.

La proposition de directive européenne du 22 novembre 2016²¹³ fut source d'espoir pour ceux-ci, puisqu'elle prévoit le remplacement des comités de créanciers par des classes homogène de créanciers²¹⁴.

L'intégration de l'associé dans le livre VI du Code de commerce, amorcé par l'ordonnance du 12 mars 2014²¹⁵, était donc nécessaire afin de réajuster ce déséquilibre existant entre les intérêts des associés et ceux des créanciers. Le législateur a donc légitimement entrepris ce rééquilibrage²¹⁶.

La doctrine défendant la sanctuarisation de l'associé est désormais minoritaire²¹⁷. Ainsi, le sauvetage de l'entreprise en difficulté n'est désormais plus soumis à la volonté des associés²¹⁸, lesquels voient leurs prérogatives réduites par le droit des procédures collectives²¹⁹.

²¹³ Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE. V. Sur cette directive : V. ERNST DEGENHARDT (J.), « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? L'harmonisation des poires et des pommes », *BJE*, mars 2017, p. 153 ; DAMMANN (R.), BOCHE-ROBINET (M.), « Transposition du projet de directive du 22 novembre 2016 sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe : une chance à saisir pour la France », *D.*, 2017, p. 1264 ; LE CORRE (P.-M.), « Le droit français des entreprises en difficulté, un modèle en Europe ! », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2017, n°291n0, p. 52.

²¹⁴ PEROCHON (F.), « Les intérêts des créanciers : quelle évolution depuis 30 ans ? », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, 2017, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 115.

²¹⁵ Ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²¹⁶ Ce renforcement des droits des créanciers aurait pour triple incidence : d'améliorer le taux de recouvrement de leurs créances, faciliter l'accès au crédit des entreprises, augmenter la possibilité de poursuite de l'activité des entreprises défaillantes (PLANTIN (G.), THESMAR (D.), TIROLE (J.), « Les enjeux économiques du droit des faillites », les notes du conseil d'analyse économique, n°7, juin 2013) ; Sur le rééquilibrage des pouvoirs entre créanciers et associés : DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, p. 752 ; V. également : ROUSSEL-GALLE (P.), « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. Sociétés.*, 2014, p. 351 ; LEGRAND (F.), LEGRAND (M.-N.), MONSERIE-BON (M.-H.), « Qu'est ce qui change pour les partenaires de l'entreprise en difficulté ? », *Rev. Proc. Col.*, mars 2014, dossier. 18, n°2 ; LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°76.261, p. 249.

²¹⁷ De nouveaux concepts comme la « Stakeholders theory » ou « l'entreprise citoyenne » émergent en doctrine : V. TREBULLE (F.-G.), « Stakeholders theory et droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2006, p. 1227 ; TREBULLE (F.-G.), « Personnalité morale et citoyenneté, considération sur « l'entreprise citoyenne », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 41.

²¹⁸ Sur la neutralisation de l'associé réfractaire au sauvetage de l'entreprise en difficulté : SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°2.

²¹⁹ CERATI-GAUTHIER (A.), « Plaidoyer pour la désignation d'un « représentant des associés », in CERATI-GAUTHIER (A.) et PERRUCHOT (V.) (dir.), *Les procédures collectives complexes*, 2017, Joly, Pratique des affaires, p. 77.

§II - Intérêts de la recherche

35. Le droit des entreprises en difficulté évolue constamment en raison de l'évolution de la pratique du droit des affaires ou des impératifs européens. Récemment introduit dans notre droit, ce principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté nécessitait une étude approfondie. L'analyse ce principe présente un triple intérêt. D'abord en ce qu'elle cherche à préciser et approfondir les mécanismes existants et ensuite en termes d'explication, s'agissant de mettre en exergue le lien nouveau, voulu par le législateur, entre l'associé et l'entreprise. L'identification de ce principe²²⁰, de participation de l'associé étudiée, il sera enfin permis d'en dégager des critères et un fondement, dans le but de vérifier si ce principe ne peut pas venir régler diverses problématiques trouvant leur origine dans la souveraineté des associés.

36. **Démontrer le manque de précisions du principe.** Il s'agit d'étudier les carences de ces mesures cherchant à impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise, avant de les confronter au droit des sociétés. De façon plus précise, l'intérêt du sujet est aussi de déterminer les lacunes de ces textes réformant la position de l'associé au sein du Livre VI du Code de commerce et d'envisager des solutions permettant de les combler. Ces carences obscurcissent la matière, laissant l'impression d'un droit des sociétés en difficulté encore en construction. Ce manque d'aboutissement pourrait être source de contentieux et d'insécurité juridique. Le droit des sociétés viendra pallier, le cas échéant, ces imprécisions des textes du droit des procédures collectives. Néanmoins, régi par un contexte différent, les dispositions du droit des sociétés ne seront pas toujours adaptées au contexte des procédures collectives. Il s'agira alors de proposer de nouvelles solutions permettant de combler ces lacunes.

37. **Démontrer l'existence d'un lien entre l'associé et l'entreprise en difficulté.** La volonté du législateur de créer un lien entre l'associé et l'entreprise ne transparaît pas toujours à la lecture des textes. Une des difficultés de ce sujet tient au fait que les dispositions concernant l'associé, lorsque la société est en procédure collective, sont en ordre dispersé au sein du Livre VI du Code de commerce. Il s'agit alors d'identifier et de déterminer quel est le périmètre de ces mesures instituant cet associé responsable du sort de l'entreprise.

Cette évolution du droit des affaires opère un changement fondamental. C'est l'idée même que l'on se faisait de l'associé qui se trouve remise en cause. Certains droits de l'associé, jusqu'alors

²²⁰ Les principes généraux du droit sont généralement déterminés par une opération inductive, lequel suppose que « d'une masse de données textuelles (lois, règlement, arrêtés), il est produit un énoncé général, un principe, supposé les unifier et les sous-tendre » : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2016, Dalloz, n°600, p. 367.

considérés comme sacrés, se trouvent ainsi affaiblis au nom de la défense de l'ordre public économique. Des principes tel que le principe d'intangibilité des engagements des associés, corollaire de la responsabilité limitée, sont altérés. L'atteinte n'est toutefois que relative, la séparation des patrimoines agit donc toujours puissamment.

Il sera aussi nécessaire d'envisager un fondement et une justification à cette évolution du droit des procédures collectives.

Une dernière difficulté réside dans la qualification de toutes ces mesures. Cette contrainte qui constitue le lien entre l'associé et la société revêtira ainsi plusieurs qualifications. La détermination de leur nature permettra de comprendre quel régime ou quelle sanction appliquer, question souvent laissée en suspens par le législateur.

38. Envisager de nouvelles mesures impliquant l'associé. L'autre objectif sera d'élargir le périmètre de ce principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Cette participation de l'associé concède encore des exceptions. Grâce à la détermination de fondements précis, élaborée à partir des mesures déjà existantes, il sera alors possible de remettre en cause certaines situations où l'associé a le droit de mettre en péril l'entreprise et l'économie.

§III - Méthode

39. Déterminer les fondements de l'implication de l'associé suppose une description précise des mesures à la charge de l'associé. Ce principe d'associé impliqué repose, pour l'instant, uniquement sur des textes de loi ou réglementaire. On ne dispose pas encore d'assez de recul pour voir apparaître des jurisprudences venant alimenter ce sujet.

40. La démonstration de la participation de l'associé par la méthode hypothético-déductive. Les nouvelles mesures traitant de l'associé en procédure collective paraissent manifester l'apparition d'un nouveau principe, celui de l'associé impliqué dans le sauvetage de l'entreprise.

Afin de vérifier l'authenticité de cette idée, on raisonnera selon une méthode hypothético-déductive. Cette méthode de démonstration repose sur un postulat, lequel sera confirmé par une série de points allant en ce sens. Il s'agira de déduire une norme générale, laquelle permettra d'expliquer la présence de plusieurs normes particulières.

L'idée d'une contrainte de l'associé, l'obligeant à participer au sauvetage de l'entreprise,

constituera ainsi notre finalité. C'est à cette conclusion, que devront être rattachées toutes les mesures traitant de l'associé en droit des entreprises en difficulté. Éparpillées au sein du Livre VI du Code de commerce, l'étude et la décomposition minutieuse de chaque texte et des implications de celui-ci doivent ainsi corroborer l'idée d'un lien naissant entre l'associé et l'entreprise. La chose n'est pas aisée, tant ce lien entre l'associé et l'entreprise demeure peu courant dans notre droit. En l'absence de reconnaissance juridique, l'entreprise se rapproche plus du concept que d'une réalité juridique.

41. Une contrainte affirmée par les divergences opposant le droit des procédures collectives au droit des sociétés. Afin de démontrer cette contrainte, obligeant l'associé à venir en aide à sa société, il sera opportun de confronter les dispositions prévues par le droit des procédures collectives, impliquant l'associé, aux dispositions du droit des sociétés.

D'origine libérale, le droit des sociétés garantit ainsi une certaine protection et la liberté à l'associé, le rapport entre ces deux droits des affaires sera un atout non négligeable. Le rappel des règles régissant l'associé en droit des sociétés démontrera que celui-ci est privilégié, afin de favoriser la création d'entreprise. Dans ce contexte différent de celui des procédures collectives, les intérêts de la société *in bonis* semblent délaissés, l'apporteur jouissant de tous les pouvoirs sur l'entreprise. Cette situation rapprochée des mesures prises par le législateur pour impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, marquera le caractère coercitif de ces nouvelles mesures, supposant l'idée d'un principe de participation.

42. L'opération de catégorisation juridique, source essentielle de la compréhension du droit. Afin de parvenir à la consécration de ce principe, un travail préalable de catégorisation juridique sera nécessaire.

L'opération de catégorisation consiste « à réunir sous un même terme ou une même étiquette, des éléments de la réalité réputés partager des caractéristiques juridiques communes »²²¹. La catégorie juridique doit alors être comprise comme une subdivision du concept²²². Cette détermination des catégories juridiques constituant la participation de l'associé contribuera à la reconnaissance de ce concept. L'idée sera de qualifier le lien qui va imposer à l'associé de sauver la société en difficulté. À ce concept de contrainte²²³, seulement deux notions juridiques peuvent être rattachées. Il s'agit

²²¹ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2016, Dalloz, n°526, p. 327.

²²² *Ibid.*

²²³ Le terme de concept doit être privilégié à celui de notion. Les deux pouvant être distingués ainsi : « Tandis que la notion désignerait certains termes du droit positif auxquels sont liées des conséquences, mais aussi des discours de la dogmatique en tant que celle-ci reprend le vocabulaire de son langage objet (« service public », « responsabilité », « contrat », « excès de pouvoir...), le concept serait propre aux discours de type théorique (concept de subjectivité, d'autonomie, de hiérarchie des normes...) » : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2016, Dalloz, n°531, p. 329.

soit d'une obligation soit d'un devoir, les deux reposant sur des fondements et des motivations bien distinctes. Cette dichotomie constituera les deux catégories de notre concept d'associé impliqué dans le sauvetage de l'entreprise.

43. L'analyse prospective de la participation de l'associé au travers de critères prédéfinis. Révéler les fondements de ce concept d'associé impliqué dans le sauvetage de son entreprise permettra de mieux appréhender un principe. L'établissement de fondements et de critères précis apparaît comme un préalable nécessaire à la consécration de ce principe et à l'avènement de nouvelles mesures.

§IV - Problématique retenue et plan de l'étude

44. Cette étude tient à constater et préciser cette participation nouvelle de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Cet état du droit nécessite d'être précisé, afin d'éviter des conséquences non souhaitées par le législateur. L'émergence de ce principe d'associé contributeur du sauvetage de l'entreprise impose d'en connaître les fondements, afin de justifier et de comprendre ce principe.

45. Il s'agit tout d'abord d'identifier la façon dont s'exprime la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. L'analyse démontre que tous les droits de l'associé sont mis à mal afin d'assurer le sauvetage de l'entreprise. La confrontation avec le droit des sociétés met en lumière un affaiblissement de la position de l'associé confronté aux difficultés de l'entreprise. Cette évolution, voulue par le législateur, des relations entre l'associé et la société en difficulté n'est cependant qu'un rééquilibrage, les droits de l'associé ne pouvant totalement s'effacer. La reconnaissance pleine et entière d'une participation au sauvetage de l'entreprise à la charge de l'associé ne peut se concevoir que dans le cadre strict du droit des entreprises en difficulté. dérogeant aux principes de droit commun régissant la qualité d'associé, il doit encore demeurer une réponse proportionnée aux difficultés de la société. Ainsi, ce principe de participation de l'associé se devine sans pour autant être affirmé, ni consacré, par des dispositions spécifiques, il était donc nécessaire d'en démontrer l'existence (**Partie I**).

46. L'évolution du droit positif est celle d'une mutation de la place de l'associé dans notre droit des affaires. La reconnaissance implicite d'un principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, ainsi que la reconnaissance d'un concept d'associé responsable ouvrent la voie vers une réflexion d'ensemble permettant de rompre avec l'idée de

l'associé roi. Le travail du législateur en la matière doit être approfondi afin de dégager des fondements permettant d'asseoir définitivement ce principe. De plus, la détermination de la nature juridique de ces contraintes impliquant l'associé paraît primordiale. Il sera alors intéressant d'envisager les conséquences de ces différentes natures juridiques. En l'absence de texte, c'est au droit des sociétés qu'il incombe de combler les espaces laissés vacants par le droit des entreprises en difficulté. Se pose alors la question de la pertinence de ces dispositions, prévues pour être appliquées dans un autre contexte (**Partie II**).

47. Le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise analysé et qualifié, il sera alors opportun d'envisager sa portée dans une étude prospective. Certaines opérations qui nécessitent l'intervention des associés, demeurent encore soumises à la volonté de celui-ci alors qu'elles conditionnent la survie de l'entreprise qui est un objectif prioritaire. L'intérêt supérieur de l'entreprise et un certain ordre public économique et social devraient prendre le pas sur l'intérêt de l'associé. Néanmoins, la contrainte de l'associé doit conserver des limites (**Partie III**).

48. Pour ériger ce principe, d'associé impliqué dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, encore faut-il identifier les mesures déjà mise en place et affirmer l'existence de ce lien nouveau subordonnant les intérêts de l'associé à ceux de l'entreprise en difficulté. Cette thèse propose d'identifier et de préciser les mesures soumettant l'associé au sort de l'entreprise, avant de s'attarder sur leur raison d'être, déterminant le fondement et la qualification de ce principe, pour entrevoir une extension de ces mesures à des situations où l'associé est encore dans une situation de domination sur les intérêts de l'entreprise.

Première partie – Les manifestations de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

Deuxième partie – L'analyse de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

Troisième partie – L'extension mesurée de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

PREMIERE PARTIE

Les manifestations de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

49. L'étude de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté impose d'étudier les rapports entre le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté. Il est communément admis que le droit des procédures collectives est un droit « *dérogatoire* »²²⁴, « *impérialiste* »²²⁵ ou « *hégémonique* »²²⁶. En raison de sa mission de défense de l'ordre public économique²²⁷, il évince dans son application de nombreuses règles de droit²²⁸.

50. En ce qui concerne ses relations avec le droit des sociétés, il convient d'emblée de signaler l'évolution fondamentale opérée par l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014²²⁹. Avant l'entrée en vigueur de ce texte, la tendance « *impérialiste* » du droit des procédures

²²⁴ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Présentation du CREDIF et des travaux », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 9 ; STAES (O.), « Les limites au caractère dérogatoire ? », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 147. Le professeur Théron considère qu'il s'agit plus d'un droit « *original* » que « *dérogatoire* » : THERON (J.), « Les règles dérogatoires à la procédure », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 133.

²²⁵ V. COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de HAEL (J.-P.), 2013, p. 291, n°509. Dans le même sens : MENJUCQ (M.), « Contrat de société et droit des entreprises en difficulté », *BJE*, janv. 2019, n°1, p. 60 ; ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, déc. 2009, n°12, p. 1109.

²²⁶ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75 ; V. également : DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans, quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, mars 2014, dossier 20, §7.

²²⁷ En ce sens, le professeur Derrida a d'ailleurs considéré que la loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire de 1985 avait un ordre public supérieur à celle de la loi 1966 sur les sociétés commerciales (obs. DERRIDA (F.), sous Cass. Com. 12 juill. 1994, *D.* 1995). Ce qui supposerait une ascendance du droit des entreprises en difficulté sur le droit des sociétés. Pour un autre exemple : V. CA Besançon, 11 oct. 1991, cassé par Cass. Com. 31 janv. 1995, n°91-20.735, note GUYON (Y.), *JCP éd. G*, 5 juillet 1995, n°27, p. 266-267 ; *D.*, 7 sept. 1995, n°30, p. 426-429, note PARLEANI (G.) ; *JCP éd. E.*, 11 mai 1995, n°19, p. 79-80, note GUYON (Y.) ; *LPA*, 26 avr. 1995, n°50, p. 23-26, note SOINNE (B.) ; *Rev. Sociétés*, 1 avr. 1995, n°2, p. 320-331, comm. LE NABASQUE (H.).

²²⁸ Voir sur ce sujet : CHVIKA (E.), *Droit privé et Procédures collectives*, th. Paris II, *Deffrénois*, préface de BONNEAU (T.), 2003.

²²⁹ Ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

collectives cédaient devant la philosophie libérale²³⁰ de notre droit des sociétés. Afin de préserver cette logique libérale, aucune disposition ne venait contraindre l'associé en cas de « *faillite* »²³¹.

51. Désormais, sous l'impulsion d'une nouvelle conception économique du droit des entreprises en difficulté²³², le rôle de l'associé a été notablement amendé par l'ordonnance du 12 mars 2014 précitée²³³. Initialement libre de ne pas collaborer au sauvetage de la société²³⁴, l'associé se trouve désormais contraint d'y participer²³⁵. C'est vers cet impératif de survie de l'entreprise que les obligations de l'associé et les dispositions du droit des entreprises en difficulté ont été orientées²³⁶, concourant à la reconnaissance d'un véritable *droit des sociétés en difficulté*²³⁷.

²³⁰ Le législateur a entrepris ces dernières années un mouvement de libéralisation du droit des sociétés. Cette évolution de notre droit a été prise afin de favoriser la création d'entreprise, notamment par la suppression progressive de l'obligation de constitution d'une société avec un capital minimum, pour certaines sociétés. En outre, la libéralisation du droit des sociétés s'est traduite par un renforcement des pouvoirs de l'associé dans la construction de l'entreprise sociétaire, notamment par une plus grande liberté statutaire. V. en ce sens MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°55, p. 34 ; URBAN (Q.) « Compétitivité et évolution du droit français des sociétés », *LPA*, 17 août 2006, n°164, p. 27 ; GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats, sous la direction de GHESTIN (J.), L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2002, p. 7.

²³¹ Avant l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014, il était souvent pris pour constat que le droit des entreprises en difficulté accordait peu d'intérêt aux associés et au droit des sociétés. V. En ce sens : COQUELET (M.-L.), « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.* n°6, Nov.-Déc. 2010, p. 77 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés* 2006, p. 305 ; LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », in dossier « *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives* », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p. 7.

²³² Conseil d'analyse économique, *les enjeux économiques du droit des faillites : les notes du Conseil d'analyse économique juin 2013*. En ligne : [http://www.Cae-eco.fr/Les enjeux-économiques-du-droit-des-faillites.html](http://www.Cae-eco.fr/Les%20enjeux%20économiques%20du%20droit%20des%20faillites.html), le 21/10/2021.

²³³ L'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; Le rôle de l'associé au sauvetage de l'entreprise ressort également de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. V. GENESTOUX (A.), DELSOL (H.-L.), « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, nov. 2015, alerte 17.

²³⁴ V. notamment sur l'effacement de l'associé lorsque la société est en cessation des paiements sous la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 : BARBIERI (J.-F.), « L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 233.

²³⁵ Cette évolution du statut de l'associé est à mettre en lien avec la fonction du droit des procédures collectives de sauver l'entreprise par sa restructuration (V. LUCAS (F.-X.), « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, 2014, doct., p. 115 ; GRELON (B.), « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n°2010-1249 dite de régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Rev. Sociétés*, 2011, p. 7). Son intervention s'inscrit désormais autant dans un mode d'apurement du passif que dans un objectif de restructuration des entreprises en difficulté (DI MARTINO (M.), « Procédures collectives et restructuration financière de l'entreprise », *BJE*, 1 mars 2016, n°2, p. 61 ; BRUNET (A.), GHOZI (A.), « Société en difficulté : La transformation des créances en participation au capital », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (M.)*, L.G.D.J., 2015, p. 165). Sur la réorientation du droit des procédures collectives vers la survie de la personne morale depuis la loi du 25 janvier 1985 (V. Préface : CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002).

²³⁶ La sauvegarde de l'entreprise peut en effet intervenir par la restructuration de la personne morale : ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, déc. 2009, n°12, p. 1109 ; DIESBECQ (A.), « La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, 21-22 févr. 2009, p. 3.

²³⁷ Sur la démonstration d'un droit des sociétés en difficulté : V. COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, Coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de HAEL (J.-P.), 2013 ; COQUELET

De prime abord, ce rapprochement entre le droit des sociétés et le droit des procédures collectives semble délicat, tant leurs conceptions et leurs finalités paraissent divergentes²³⁸. Il existe pourtant une compatibilité et même des points de convergence entre ces deux branches du droit des affaires, dès lors qu'il s'agit de sauver une entreprise.

52. Parmi les points de rencontre de ces deux droits, le rôle dévolu à l'associé constitue un axe important de l'avènement d'un droit des sociétés en difficulté.

53. Il s'agira de démontrer, à travers l'application de ses obligations, que l'associé peut être contraint de concourir au financement de l'entreprise en difficulté. Cette étude du droit de la défaillance permettra de souligner l'efficacité d'un droit des sociétés en difficulté au service du refinancement. C'est en ce sens que les récentes réformes ont fait évoluer le rôle de l'associé dans le droit des entreprises en difficulté. Cette nouvelle participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise consacre l'existence d'une « *obligation de secours* » de l'associé envers l'entreprise en difficulté (**Titre I**).

54. Ce n'est qu'une fois que l'associé aura contribué à la régularisation de la situation financière de la société, que l'entreprise pourra entrevoir la possibilité d'une participation extérieure. Pour cela, l'associé devra également prendre les décisions en faveur du redressement et voter le cas échéant l'entrée d'un tiers. Par son droit de vote, l'associé ne devrait pas faire obstacle à l'emploi de techniques sociétaires pouvant contribuer au sauvetage de la société. Même si ces montages sociétaires ont pour conséquence de l'écartier de l'entreprise. Le rétablissement de l'entreprise est censé l'emporter sur les intérêts particuliers.

Afin d'éviter tout risque de blocage par l'associé, les récentes réformes du droit des procédures collectives introduisent plusieurs dispositions contraignant l'associé à favoriser la reprise interne de l'entreprise²³⁹. Cette nouvelle participation, dans la réussite du sauvetage de l'entreprise, ne peut que difficilement se concevoir sans l'émergence d'un « *devoir de secours* » de l'associé envers l'entreprise en difficulté (**Titre II**).

(M.-L.), « Risques et responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.* 2010, p. 77.

²³⁸ En effet, selon le professeur Coquelet : « *Mus par des logiques qui leur sont propres, ils se livrent chacun de leur côté à un soliloque qui frise trop souvent la cacophonie et fait en droit obstacle à l'émergence d'un « droit des sociétés en difficulté » digne de ce nom* » : COQUELET (M.-L.), « Risques et responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, 2010, p. 77.

²³⁹ GAUDEMET (A.), MONSERIE-BON (M.-H.), « Reprise interne d'une société en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°6, nov. 2015, dossier 56.

TITRE I

Le sauvetage de l'entreprise par la participation financière de l'associé

55. Le sauvetage de l'entité sociale dépend, en partie, de la participation financière de l'associé²⁴⁰. La recherche de financements, définie comme « l'opération par laquelle un agent économique se procure les ressources nécessaires à son activité »²⁴¹, constitue la question centrale du règlement des difficultés des entreprises. L'entreprise sociétaire aura besoin d'apport de fonds si elle veut relancer son activité. À cette demande pressante de financement, le droit des sociétés va apporter les réponses nécessaires, en autorisant l'application de diverses techniques déterminantes pour la redynamisation de l'activité.

56. Dans cette lutte pour rétablir l'entreprise défaillante, la société pourra aussi compter sur les obligations pesant sur l'associé²⁴². Leur incidence sur les capitaux propres²⁴³ viendra remplir une condition souvent posée comme essentielle à la survie de l'entreprise. En effet, les fonds propres constituent le financement premier de l'activité sociale²⁴⁴. Leur régularisation peut donc se justifier par des motifs économiques, sociaux ou financiers²⁴⁵. Mais c'est essentiellement l'aspect financier qui doit être mis en avant lorsque l'entreprise subit des difficultés. L'éthique commande que l'associé ou l'actionnaire soit le premier à participer au financement de la société en difficulté. Pour assurer sa restructuration, la société pourra s'appuyer sur la

²⁴⁰ DUPICHOT (P.), « Le financement des entreprises en difficulté », *BJE*, sept. 2018, n°116, p. 394 ; FAVARIO (T.), « L'associé, financier de la société en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, sept. 2017, étude 17.

²⁴¹ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/financement/33801?q=financement#33741>, le 21/10/2021.

²⁴² L'obligation de libérer l'apport et l'obligation de reconstituer les capitaux propres lorsqu'ils deviennent inférieurs à la moitié du capital social.

²⁴³ Le montant des capitaux propres correspond « à la somme des apports (capital et primes d'émission, d'apport ou de fusion), des écarts de réévaluation, des réserves, du report à nouveau créditeur, du bénéfice non distribué de l'exercice, des subventions d'investissement et des provisions réglementées sous déduction des pertes (report à nouveau débiteur et perte de l'exercice) » : CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.), *Sociétés commerciales*, Mémento pratique, Francis Lefebvre, éd. 2021, n°76.612, p. 1458. Pour une définition des capitaux propres : V. également : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Association Capitant (H.), 13^{ème} éd. 2020, p. 146, V. *Capital, -aux*. Pour plus de précisions sur la définition des capitaux propres, voir l'article R. 123-190 du Code de commerce.

²⁴⁴ DANA-DEMARET (S.), *Le capital social*, th. Montpellier, T. 23, Litec, préface de REINHARD (Y.), 1989, p. 14.

²⁴⁵ GERMAIN (M.), PERIN (P.-L.), LAGARDE (P.-Y.), « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL, actes et pratiques et ingénierie sociétaire », Actes Pratiques et ingénierie sociétaire n°129, in dossier « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL », Mai-juin 2013, p. 3.

contribution de ses associés²⁴⁶. Leur implication est la condition sans laquelle le sauvetage de l'entreprise ne peut être que difficilement envisageable²⁴⁷. L'obligation pour l'associé de libérer son apport (**Chapitre I**) et de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social (**Chapitre II**) lors d'une procédure collective, permettent d'envisager l'idée d'une *obligation de secours* de l'associé envers la société en difficulté.

²⁴⁶ Les capitaux propres ont un intérêt à l'égard des tiers dans la mesure où il représente les risques pris par les associés. Lesquels conditionnent l'octroi de nouveaux crédits. Il paraîtra difficile d'obtenir des fonds nouveaux sans la garantie d'un capital social intégralement libéré. Sur l'intérêt du capital social pour les tiers : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Coll. Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°209, p. 170 ; MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, LexisNexis, éd. 2010, nos°35 et s.

²⁴⁷ Sur le rôle déterminant de l'associé dans le sauvetage de la société. V. notamment : MARQUET (J.-Y.), BRIQUET (J.-M.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, p. 43 ; CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002 ; LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 7.

CHAPITRE I

La participation de l'associé par la libération de l'apport

57. L'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014²⁴⁸ a fait du financement des sociétés en difficulté l'un de ses objectifs prioritaires²⁴⁹. À cette fin, elle introduit dans le Livre VI du Code de commerce l'article L. 624-20 qui dispose que : « *le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social* »²⁵⁰. Autrement dit, l'actionnaire ou l'associé redevable envers la société de la libération de l'apport souscrit, peut désormais être contraint, au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, de régulariser sa situation.

58. Avant d'étudier les finalités de ce texte, la délimitation de son domaine d'application semble être un préalable nécessaire.

Lorsque la société subit une procédure collective, il est apparu légitime de contraindre l'associé à exécuter son engagement de libérer l'apport. L'article L. 624-20 du Code de commerce trouve ainsi application en procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires²⁵¹.

Il convient également de préciser que seuls les apports en numéraire sont concernés par cet article. En effet, les apports en nature doivent être libérés dès la constitution de la société²⁵².

Tandis que les apports en industrie ne participent pas à la formation du capital social²⁵³ et ne

²⁴⁸ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

²⁴⁹ DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires », *Rev. Proc. Coll.*, Mars-Avril. 2014, p. 155 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, mai 2014, p. 178 ; LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, juin 2014, étude 11 ; LUCAS (F.-X.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS*, 1 juin 2014, p. 403.

²⁵⁰ L'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 marque une volonté d'autonomie, de création d'un véritable droit des sociétés en difficultés (V. Sur la démonstration d'un droit des sociétés en difficulté : COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, Coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de HAEL (J.-P.), 2013). L'article L. 624-20 du Code de commerce illustre clairement cette « *volonté d'émancipation* » du droit de la défaillance des entreprises. L'apparition d'une section V dans le chapitre IV du titre II du Livre sixième du Code de commerce, qui s'intitule « *Dispositions particulières aux sociétés* », pose un jalon supplémentaire pour la construction de ce droit des sociétés en difficulté.

²⁵¹ Sur renvoi de l'article L. 631-18 du Code de commerce.

²⁵² Pour les sociétés à responsabilité limitée : V. C. Com. Art. L. 223-7.

²⁵³ C. Civ. Art. 1842-2, al. 2. Sur cette absence d'exécution forcée : V. DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n° 55. À noter que les apports en industrie sont prohibés dans les sociétés anonymes (C. Com. Art. L. 225-3, al. 4), mais autorisés dans les sociétés à responsabilité limitée (C. Com. Art. L. 223-7, al. 2).

peuvent faire l'objet d'une exécution forcée²⁵⁴.

Ainsi, peu importe la procédure collective en cause, l'obligation de l'associé de libérer son apport en numéraire sera immédiatement exigible dès le jugement d'ouverture. On peut alors s'interroger sur les finalités de ce texte et sur la création d'une nouvelle obligation, fondée sur la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

59.La vérification de cette hypothèse suppose de procéder à l'examen des modalités de l'article L. 624-20 du Code de commerce. À travers ce texte, il s'agit d'apprécier l'existence et le degré de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Cette étude devra être menée en fonction du jugement d'ouverture, qui constitue la limite entre l'obligation et la liberté de l'associé à contribuer à la survie de l'entreprise. Seuls les associés ayant souscrit l'apport avant le jugement d'ouverture seront contraints de libérer immédiatement l'apport, contrairement aux nouveaux apporteurs qui pourront bénéficier de délais (**Section I**).

60.Cette obligation de sauvetage devra également être confirmée par les mesures mises en place à son exécution. La compétence des organes judiciaires d'appeler le non versé en cas de défaillance de l'associé permettent d'assurer la libération de l'apport. La corrélation entre cette pression mise sur l'associé et la situation périlleuse de l'entreprise laisse entrevoir une obligation de secours de l'associé envers l'entreprise en difficulté (**Section II**).

²⁵⁴ DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n° 55.

SECTION I

Le traitement de la participation de l'associé en fonction des risques pris par les apporteurs

61. En droit des sociétés, tout associé a l'obligation de faire un apport²⁵⁵. Cette obligation est imposée par l'alinéa 1 de l'article 1832 du Code civil qui dispose que « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat 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 libération peut être définie comme l'exécution de cet engagement²⁵⁶. Afin de favoriser la création d'entreprise, le droit des sociétés autorise une libération différée de l'apport en numéraire. Cette faculté explique qu'au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, certaines sociétés aient un capital social qui n'est pas intégralement libéré²⁵⁷.

62. Or, lorsque la société est en procédure collective, celle-ci a besoin d'argent frais pour relancer son activité ou pour payer ses créanciers selon la procédure initiée. Pour les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, c'est lors de la période d'observation que cette recherche de financement s'effectuera. Il est apparu alors naturel de réclamer en premier lieu les sommes qui sont dues à la société.

63. Depuis l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014²⁵⁸, l'article L. 624-20 du Code de commerce rend exigible²⁵⁹ l'apport non versé dès le jugement d'ouverture de la procédure collective²⁶⁰. Ce qui oblige manifestement « *les associés à contribuer au financement de la société en*

²⁵⁵ Malgré l'omniprésence de l'apport dans le droit des sociétés, la loi n'a jamais défini ce qu'il fallait entendre par ce terme. Précisant uniquement qu'il pouvait être effectué en numéraire, en nature, voire en industrie. La loi ne donne aucun élément sur sa nature juridique (LE NABASQUE (H.), « La fin de la connexion apports/capital ? », in COURET (A.) (dir.), LE NABASQUE (H.) (dir.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 103). Il convient de se référer à la thèse du professeur Blaise qui fait référence à la notion d'apport et qui le définit comme : « *la mise en commun d'un bien moyennant l'attribution à l'apporteur de droits sociaux* » (BLAISE (H.), *L'apport en société*, th. Rennes, Sirey, préface de HOUIN (R.), 1955). Dans le même sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°207, p. 75.

²⁵⁶ C. Civ Art. 1843-3.

²⁵⁷ SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, Litec, 2^{ème} éd. 1995, n°1186, p. 870.

²⁵⁸ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

²⁵⁹ L'exigibilité peut se définir comme quelque chose que l'on peut exiger. Elle est utilisée « *pour traduire la force du droit* » : GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., préface de OPHELE (C.), 2006, n°2, p. 4.

²⁶⁰ On rappelle que le texte est applicable en procédure de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire.

difficulté »²⁶¹. Le jugement d'ouverture va donc servir de déclencheur à l'application de ce texte et à la contribution de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Les modalités de la libération de l'apport seront alors différentes selon les risques pris par les associés. Une distinction doit être faite entre l'associé qui a souscrit l'apport *avant* le jugement d'ouverture de la procédure collective, à qui il incombe une obligation de secours (§I) et l'associé qui a souscrit un apport *après* le jugement d'ouverture de la procédure collective qui, lui, semble exempt de toute contrainte quant au sauvetage de l'entreprise (§II).

§I - La contrainte de l'exigibilité immédiate de l'apport souscrit avant le jugement d'ouverture

64.Lors de la constitution de la société, le droit des sociétés permet aux associés de jouir d'une certaine liberté concernant la libération de leurs apports. Or, lorsque l'entreprise est en difficulté, la situation débitrice de l'associé devient peu supportable. L'article L. 624-20 du Code de commerce prévoit alors une déchéance du terme de l'obligation de libération pour les apports souscrit avant le jugement d'ouverture²⁶². Il est alors intéressant d'étudier la finalité de cette disposition, qui semble se justifier par son incidence sur la sauvegarde ou le redressement de l'entreprise.

65.Il est permis d'imaginer que c'est le sauvetage de l'entreprise qui rend légitime les restrictions apportées aux libertés de l'associé, lorsqu'il s'agit du paiement de la dette d'apport (A). Cette légitimité se fonde également sur la situation de péril de l'entreprise placée en procédure collective. Cette contrainte à l'égard des associés ne pourrait donc être justifiée en dehors de ces procédures (B).

²⁶¹ LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°076.261, p. 249.

²⁶² SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, 2015, dossier 42.

A) Le libéralisme du droit des sociétés contrarié par l'exigibilité immédiate de l'apport

66. Les dispositions du droit des sociétés permettent d'échelonner la libération de la dette d'apport²⁶³ afin de faciliter la création des sociétés²⁶⁴. Pour assurer cet objectif, le droit des sociétés permet également la constitution de personnes morales avec un capital social symbolique.

Ces deux facultés peuvent entraîner ou constituer un danger pour l'entreprise en difficulté, ce qui justifie l'application de l'article L. 624-20 du Code de commerce en procédure collective. Lorsque l'entreprise est en période d'observation, celle-ci a essentiellement besoin de financement. Ce paiement par l'associé lui apportera l'argent frais nécessaire au traitement de ses difficultés. Afin d'assurer le rétablissement de l'entreprise, cet article déroge toutefois au droit des sociétés et aux dispositions qui donnent à l'associé la faculté de différer la libération de l'apport (1). Même si le montant de cet apport est dérisoire, compte tenu de la sous-capitalisation de la société, la libération intégrale du capital social aura un effet salvateur pour l'entreprise (2).

1 - Le principe de l'exigibilité immédiate dérogatoire au droit des sociétés

67. Lors du jugement d'ouverture, l'article L. 624-20 du Code de commerce rend immédiatement exigible l'apport non libéré afin de sauver l'entreprise. Alors que le droit des sociétés permet une libération échelonnée de l'apport, dont l'exigibilité va dépendre soit de l'appel du non versé par l'organe dirigeant dans un délai de cinq ans (a), soit du terme fixé par les associés dans les statuts²⁶⁵ (b).

²⁶³ Le capital social est souvent pas entièrement libéré au moment du jugement d'ouverture. La libération fractionnée est autorisée par le droit commun des sociétés pour certaines sociétés :

Pour les sociétés par actions simplifiées ou pour les sociétés à responsabilité limitée : Le capital doit être libéré en totalité à la souscription.

Pour les sociétés anonymes : Il peut y avoir une libération tardive, la moitié de l'apport doit être libérée à la souscription, le reste est échelonné sur une période de cinq ans. La mise en place de cette libération immédiate de la moitié de l'apport dans les sociétés anonymes constitue une mesure de sécurité pour les tiers (V. DIDIER (P.), *Droit commercial, T. 2, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 121-122).

Pour les sociétés à responsabilité limitée : Ils doivent libérer au moins un cinquième de l'apport à la souscription.

Pour les autres sociétés : En l'absence de texte, la libération tardive de l'apport est donc autorisée par les statuts.

²⁶⁴ MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, 1 mai 2014, n°3, p. 178.

²⁶⁵ Sur la dérogation de l'article L. 624-20 du Code de commerce au droit des sociétés : JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2019, n°725, p. 446.

a - Une dérogation aux dispositions légales déterminant les modalités de la libération de l'apport

68.Le droit des sociétés autorise une libération échelonnée de la dette d'apport jusqu'à cinq ans²⁶⁶, à compter de la constitution de la société et à défaut de terme plus proche fixé par les statuts. En procédure collective, l'article L. 624-20 du Code de commerce rend exigible l'apport au jour du jugement d'ouverture, ce qui déroge aux dispositions du droit des sociétés²⁶⁷(α). Cependant, la participation de l'associé n'est guère différente de celle prévue lorsque la société est *in bonis*, puisque la libération de l'apport dépendra toujours de l'appel du non versé d'un organe lorsque l'entreprise est en procédure collective (β).

α - Une dérogation aux dispositions légales

69.La faculté offerte à l'associé de différer son apport lors de la constitution de la société, doit être remise en cause lorsque la société subit des difficultés. Le sauvetage de l'entreprise légitime la dérogation faite par l'article L. 624-20 du Code de commerce aux dispositions du droit des sociétés.

70. Les dangers de l'échelonnement de la dette d'apport. En droit des sociétés, lorsque les statuts ne mentionnent aucun terme à la libération de l'apport, l'exigibilité de cette dette de l'associé dépendra de la seule intervention d'un organe dirigeant, qui est censé intervenir dans

²⁶⁶ La possibilité de libérer le capital dans un délai qui ne peut excéder cinq ans présente un risque pour les tiers. Cette liberté était plus importante avant, car il n'y avait aucun délai obligatoire de libération. Le non versé pouvait ne jamais être appelé en cas de prospérité de la société. La loi du 4 mars 1943 relative aux sociétés par actions a imposé la libération dans le délai maximum de cinq ans. Cette disposition a été conservée par la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce en ses articles L. 225-3 al. 2 et L. 223-7 du Code de commerce : GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, L.G.D.J., T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°2062, p. 360.

²⁶⁷ Dans la mesure où l'organe dirigeant peut, avant l'arrivée de ce terme, appeler l'apport non versé.

un délai ne pouvant excéder cinq ans²⁶⁸ suivant l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés²⁶⁹.

Afin de faciliter la constitution de personne morale, le droit des sociétés permet en effet de différer l'obligation de libération de l'apport. Cette faculté et ses modalités dépendront de la forme de la société. Lors de la constitution d'une société à responsabilité limitée²⁷⁰, les associés doivent libérer immédiatement un cinquième de l'apport convenu. Guyon regrette cette facilité faite aux associés de ne verser qu'un cinquième de leurs apports à la constitution de la société²⁷¹. Pour la société anonyme²⁷², la société en commandite par actions et la société par actions simplifiée, la loi impose à l'associé une libération immédiate de la moitié de l'apport dès la souscription²⁷³. La loi les contraint alors à libérer le solde de l'apport souscrit, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans, à compter de l'immatriculation de la société. À défaut, selon l'alinéa 5 de l'article 1843-3 du Code de civil : « *tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant*

²⁶⁸ Une divergence oppose plusieurs jurisprudences sur la déchéance du terme à compter de ce délai de cinq ans. Selon la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 septembre 1991 (CA Paris, 3e ch., 19 sept. 1991, *Hua et autre c/ Me Pernot*, JurisData n°1991-600578 ; *BJS*, 1991, (B. 390), p. 1124, note HANNOUN (C.)) l'écoulement du délai de cinq ans entraîne l'exigibilité de la dette d'apport non-libéré. *A contrario*, si l'on se réfère à un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 3 avril 1997 (CA Versailles, 13e ch. 3 avr. 1997, *Sté Yoko international c/ Canet*, n°4381/96 : JurisData n°1997-600406 ; *D. Affaires*, 1997, p. 1084, n°33 ; *BJS*, 1 oct. 1997, (B.312), p. 861-865, note DOM (J.-P.)), le délai de cinq ans ne suffit pas à lui seul à rendre exigible l'obligation. Il faudrait également une décision du conseil d'administration, ou de façon générale l'intervention de l'organe dirigeant. C'est cette deuxième hypothèse qui semble avoir les faveurs de la doctrine. En ce sens, le professeur Le Corre a affirmé que la libération des apports ne peut devenir exigible que sur la seule décision des organes sociaux compétents (LE CORRE (P.-M.), « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2014, 733.). Cette solution peut également être affirmée par l'article 1843-3 alinéa 5 du Code civil, qui dispose que « *tout intéressé* » peut contraindre les organes dirigeants à procéder à un appel de fonds en cas d'inaction pendant le délai légal. Il faut alors en conclure que l'arrivée du terme ne suffit pas à rendre exigible l'apport.

²⁶⁹ En effet, pour les sociétés anonymes, l'article L. 225-3, al. 2 du Code de commerce dispose que : « *Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du conseil d'administration ou du directoire selon le cas, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés* ». De même, pour la société à responsabilité limitée, l'article L. 223-7 du Code de commerce dispose que « *Les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du gérant, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés* ».

²⁷⁰ C. Com. Art. L. 223-7.

²⁷¹ Monsieur Guyon regrette cette facilité à propos des sociétés à responsabilité limitée, dont le reliquat versé à la constitution de la société n'est que du cinquième des sommes souscrites. Ce montant lui semble trop faible au regard des exigences d'investissement qu'il faut pour constituer une affaire. L'absence d'une obligation de libération intégrale du capital à la création de la société va inciter les associés à financer leur entreprise par l'emprunt, faisant ainsi peser le risque sur les créanciers, « *ce qui est contraire à l'esprit de ses sociétés* ». Plusieurs réformes ont été envisagées afin de réduire la fraction exigible dès la constitution de la société. Finalement, aucune n'a abouti, « *au prétexte, au demeurant contestable, de ne pas entraver la constitution des micro-entreprises* » : GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., Traité des contrats sous la direction de GHESTIN (J.), 5^{ème} éd. 2002, n°22, p. 50.

²⁷² C. Com. Art. L. 225-3.

²⁷³ Le professeur Nurit-Pontier juge que cette fraction de l'apport qui doit être libérée immédiatement est insuffisante au regard des besoins d'une entreprise : NURIT-PONTIER (L.), « La libération partielle du capital social : une solution pertinente pour les sociétés dispensées de capital minimum ? », *D.*, 2011, chron. 28.

en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité ». Cette faculté donnée aux associés peut être problématique lorsque l'entreprise est en procédure collective.

On peut s'interroger sur la pertinence de ce délai qui fait courir un risque à la société, puisqu'il peut éventuellement pénaliser le développement de l'entreprise. De plus, il présente un danger pour les créanciers qui peuvent s'engager à consentir des prêts sur des apports fictifs. Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 novembre 1990 a d'ailleurs affirmé que cette libération différée ouvre à l'associé « *la faculté de libérer le capital par étapes pour éluder le premier de ses devoirs d'actionnaire* »²⁷⁴. Il est alors permis de remettre en cause ce délai. Si sa suppression pourrait dissuader certains investisseurs, à tout le moins, il serait peut-être judicieux de réduire ce délai de cinq ans.

Néanmoins, malgré le danger que peut représenter cette échelonnement de la dette, on peut comprendre cette liberté donnée aux associés pour libérer leurs apports, dans la mesure où l'objectif est à ce stade le développement de la création d'entreprise. Il est alors notable que l'associé dispose d'une certaine liberté assez conséquente pour libérer son apport lorsque la société est *in bonis*.

71. La nécessité d'une exigibilité immédiate de l'apport au jour du jugement d'ouverture. Cependant, lorsque l'entreprise est en procédure collective, cette liberté est remise en cause, puisque le jugement d'ouverture va rendre immédiatement exigible l'apport non libéré. L'article L. 624-20 du Code de commerce déroge ainsi à la liberté faite aux associés de différer leur obligation de libération, sur une période maximale de cinq ans à compter de l'immatriculation de la société. Cette mesure, coercitive à l'égard de l'associé, se justifie par les besoins immédiats de financement, lorsque l'entreprise est en procédure collective.

72. Il convient encore de préciser que lorsque la société est *in bonis*, l'appel du non versé incombe aux organes dirigeants. Par contre, lorsque l'entreprise est en procédure collective, cette compétence échoit au mandataire judiciaire²⁷⁵. Le droit des entreprises en difficulté déroge donc une nouvelle fois au droit des sociétés. Néanmoins, l'organe judiciaire reprend une compétence attribuée à l'organe dirigeant, ce qui ne semble pas créer pour les associés une

²⁷⁴ CA Paris, 27 nov. 1990, *BJS*, 1991, p. 189, §58 ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 389, obs. GUYON (Y.). Bien que l'on comprenne ici l'emploi du terme de « *devoir* », dans son sens commun. Au vu des contraintes que peuvent entraîner le manquement à l'obligation de faire un apport, mais également de sa nature patrimoniale, le terme d'obligation aurait été plus juridique. Cf. *Infra*. n°603.

²⁷⁵ Conformément aux articles L. 622-20 et R. 624-17 du Code de commerce.

contrainte supplémentaire. L'intervention de l'organe judiciaire permettra cependant de pallier l'éventuelle inaction de l'organe dirigeant.

β - Une dérogation nécessaire pour garantir la participation de l'associé

73.La dévolution de la compétence de l'appel du non versé aux organes judiciaires met une pression supplémentaire sur les associés et les dirigeants de la société en difficulté. Cette intervention de l'organe judiciaire permet de mieux assurer la libération de l'apport.

74.**La dévolution de la compétence de l'appel du non versé au mandataire judiciaire.** Depuis, l'ordonnance du 12 mars 2014 précitée, la compétence de l'appel de l'apport du non versé appartient au mandataire judiciaire, conformément à l'article L. 622-20 du Code de commerce. C'est lui qui va désormais mettre en demeure les associés qui n'auront pas libéré leurs apports. À condition que l'organe dirigeant n'ait pas déjà agi avant l'ouverture de la procédure collective. Dans ce cas, l'exigibilité de l'apport sera effective à la date de son intervention.

75.**Une dévolution consécutive à l'inaction des organes dirigeants.** Le professeur Saintourens constate que : « *L'ordonnance brise donc l'exclusivité de compétence sur ce point reconnu aux dirigeants de sociétés* »²⁷⁶. On peut alors réfléchir sur la cause et la nécessité de cette transmission de pouvoir, qui semble être fondée sur une faute du dirigeant. Cette dérogation au droit des sociétés semble pallier l'hypothèse d'une carence de l'organe dirigeant. En effet, les difficultés de l'entreprise auraient dû conduire le dirigeant à réclamer à l'associé la libération de son apport, cela avant l'ouverture de la procédure collective²⁷⁷.

76.**Une dévolution nécessaire au sauvetage de l'entreprise.** On peut alors considérer que si l'organe dirigeant n'a pas jugé utile d'appeler l'apport non versé alors que la société connaissait des difficultés, il paraît peu probable qu'il agisse une fois que la société sera en

²⁷⁶ SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°3.

²⁷⁷ Malgré l'absence d'obligation légale, on rappelle que l'organe dirigeant qui ne demande pas la libération de l'apport alors que la situation de la société l'impose commet une faute de gestion : Cass. Com., 16 oct. 2001, n°98-12.568. V. En ce sens : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°663, p. 483.

La même sanction est applicable au dirigeant qui ne convoque pas l'assemblée afin de statuer sur la reconstitution des capitaux propres : Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15755, *BJS*, 1 mars 2016, n°3, p. 157-160, note HEINICH (J.) ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Les risques d'une procédure collective pour les associés et les dirigeants », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 124.

procédure collective²⁷⁸. Ce qui permet de justifier cette transmission de compétence sur une défaillance de l'organe dirigeant dans sa mission de représentant légal de l'entreprise²⁷⁹.

Ainsi, l'application de l'article L. 624-20 du Code de commerce n'est que l'application du droit spécial des procédures collectives plutôt que celle du droit des sociétés²⁸⁰. Le contexte de la procédure justifie cette mesure.

La faculté faite à l'associé de libérer son apport dans un délai de cinq ans et sous condition de l'appel du non versé des organes dirigeants n'est pas concevable, lorsque l'entreprise a un besoin urgent de financement et de sécurité. C'est pourquoi l'attribution de cette compétence au mandataire judiciaire renforce la pression faite sur les associés à libérer l'apport. Cette disposition assure ainsi une sécurité pour l'entreprise et pour les créanciers, en contraignant l'associé à libérer son apport dès le jugement d'ouverture.

77. Cette participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise sera encore plus marquée lorsque les associés auront prévu un terme à leur obligation de libération dans les statuts.

b - Une dérogation aux dispositions statutaires prévoyant les modalités de la libération de l'apport

78. Si les statuts ont fixé un terme à la libération de l'apport, les nécessités du sauvetage de l'entreprise peuvent imposer une déchéance de ce terme au jour du jugement d'ouverture (α). Néanmoins, la participation de l'associé ne se trouve que peu modifiée puisque cette mesure ne porte pas atteinte au principe d'intangibilité des engagements des associés (β).

²⁷⁸ Cette idée ressort d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2004, où en l'espèce les statuts avaient même prévu l'action de l'organe dirigeant à demander la libération de l'apport en cas de difficulté de la société. La carence de son intervention, justifie l'action des organes judiciaires, comme le souligne madame Cerati Gauthier : Cass. Com., 12 oct. 2004, n°02-16762, (n°1480 FS-P), *Y. c/ X. ès-qual. (cons. Rapp. Lardeonnois, BJS*, 1 janv. 2005, n°1, p. 27, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP éd. G*, 26 janv. 2005, n°4, p. 144-152, note CABRILLAC (M.) et PETEL (P.).

²⁷⁹ Sur le manquement du dirigeant à demander la libération de l'apport alors que la société connaît des difficultés financières : Cass. Com., 8 juill. 2014, n°13-18.490.

²⁸⁰ Sur les raisons de l'éviction par le droit des entreprises en difficulté d'autres branches du droit : CHVIKA (E.), *Droit privé et Procédures collectives*, th. Paris II, *Deffrénois*, préface de BONNEAU (T.), 2003.

α - Une dérogation au contrat de société

79. L'application de l'article L. 624-20 du Code de commerce vient ainsi mettre en échec l'autonomie de la volonté des associés. Cette dérogation au contrat de société se justifie par le sauvetage de l'entreprise.

80. **La remise en cause du terme fixé par le contrat de société.** La contractualisation du droit des sociétés²⁸¹ a pu être soulignée à plusieurs reprises par la doctrine²⁸². En ce sens, lors de la constitution de la société, les associés peuvent déterminer dans les statuts les modalités de la libération de l'apport. Son montant et la date de sa libération sont alors déterminés dans le contrat de société, dès la souscription²⁸³.

Cependant, lorsque l'entreprise sociétaire entre en procédure collective, l'article L. 624-20 du Code de commerce écarte ce terme statutaire. L'exigibilité va alors être fixée au jour du jugement d'ouverture, alors que le terme de l'obligation peut par hypothèse être fixé par les statuts à une date ultérieure. Ainsi, malgré le fait que cette obligation résulte de la volonté contractuelle²⁸⁴, celle-ci est remise en cause par le caractère d'ordre public de l'article L. 624-20 du Code de commerce²⁸⁵. Cette mesure d'exigibilité immédiate porte ainsi atteinte au contrat de société et à la liberté des associés de fixer un terme à leur obligation. Par voie de conséquence, comme le souligne madame Besnard Goudet : « *l'associé poursuivi ne pourra plus comme auparavant s'opposer au paiement en invoquant les échéances prévues dans les statuts ou le défaut d'appel du non-versé par le dirigeant* »²⁸⁶.

²⁸¹ Le droit des sociétés a manifestement évolué dans les années quatre vingt vers une contractualisation, c'est à dire vers une plus grande souplesse des instruments juridiques du droit des sociétés (En ce sens : LE CANNU (P.), « Limitation du droit de vote et contrôle des sociétés anonymes », *BJS*, mars 1991, n°3, p. 263). Notamment avec l'apparition des conventions de vote, des pactes d'actionnaires ou de la société par action simplifiée.

²⁸² Colloque sur « De nouveaux espaces à la liberté contractuelle », *JCP*, 18 mai 1995, n°13, p. 121 ; SCHMIDT (D.), « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », rapport de synthèse, colloque de Deauville, *Rev. Jur. Com.* 1990, n°11 bis ; OPPEIT (B.), « Les tendances actuelles du droit français des sociétés », Journées de la société de législation comparée, 1989 ; SAINTOURENS (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com.*, 1987, p. 457.

²⁸³ BESNARD-GOUDET (R.), *Actions. – Obligation de paiement du non-versé*, *Juris. Cl.*, Fasc. 1855, 21 Févr. 2016, n°1 ; GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, Economica, 1999, n°26, p. 26 ; DANA-DEMARET (S.), *Le capital social*, th. Montpellier, T. 23, Litec, préface de REINHARD (Y.), 1989, nos°128 et s.

²⁸⁴ GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., préface de OPHELE (C.), 2006, n°22, p. 29.

²⁸⁵ Il s'agit d'une transformation du rapport contractuel. Cette transformation devrait, en principe, être acceptée par les parties au contrat (TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Droit civil, les obligations*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 12^{ème} éd. 2019, n°1360, p. 1434), soit par les associés (GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., préface de OPHELE (C.), 2006, nos°264 et s., p. 268). Sur le caractère d'ordre public de ce texte : SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.* n°3, mai 2015, dossier 42.

²⁸⁶ BESNARD GOUDET (R.), *Actions. – Obligation de paiement du non-versé*, *Juris. Cl.*, Fasc. 1855, 21 Févr. 2016, n°22.

81. La nécessité de la remise en cause du contrat de société pour le sauvetage de l'entreprise. Cette dérogation est légitime, lorsqu'il s'agit de sauver une entreprise en difficulté. Plusieurs exemples peuvent expliquer et appuyer cette logique, reposant sur cette subordination des dispositions conventionnelles aux nécessités du sauvetage de l'entreprise et aux dispositions du droit des entreprises en difficultés.

Parmi les restrictions faites à la liberté contractuelle des associés en droit des entreprises en difficulté, on peut citer les dispositions visant l'associé dirigeant d'une société en procédure de redressement judiciaire²⁸⁷. D'une part, outre le fait que l'associé dirigeant peut se voir imposer l'incessibilité de ses droits sociaux, celui-ci peut également subir une exclusion forcée prévue à l'article L. 631-19-1 du Code de commerce. En raison du risque qu'il peut présenter pour la continuation de l'entreprise, son expropriation paraît, le cas échéant, légitime au regard de la mission de sauvetage de l'entreprise du droit des entreprises en difficulté. D'autre part, afin de ne pas mettre en échec cette procédure de cession forcée, l'associé dirigeant ne pourra pas voter la décision de son exclusion. Ainsi, cette disposition porte atteinte à son droit de demeurer associé et à ses droits politiques. Comme le souligne le professeur Menjucq, « *la force obligatoire du contrat de société est totalement balayée par les impératifs du droit des procédures collectives* »²⁸⁸. La primauté de la survie de l'entreprise sur le maintien d'un dirigeant devenu indésirable, nécessite une remise en cause du contrat de société et des droits dont dispose l'associé dirigeant.

Comme pour cet exemple, l'atteinte faite au contrat de société par l'exigibilité anticipée de la dette d'apport se justifie par la survie de l'entreprise. Le respect du terme fixé peut en effet mettre en danger la société dont l'associé est débiteur. L'exigibilité doit être modifiée en fonction de la situation économique des parties et de leurs attentes. Ainsi, l'atteinte portée à la volonté des associés et au contrat de société par l'article L. 624-20 du Code de commerce démontre qu'il incombe à l'associé de participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

82. Cependant, il faut relativiser la contrainte que constitue cette exigibilité immédiate, dans la mesure où elle ne fait qu'anticiper le paiement d'un engagement pris par l'associé sans pour autant l'augmenter.

²⁸⁷ Cf. *Infra*. n°299.

²⁸⁸ MENJUCQ (M.), « Contrat de société et droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 janv. 2019, n°1, p. 60.

β - Une dérogation respectueuse des engagements de l'associé

83. L'article L. 624-20 du Code de commerce peut le cas échéant perturber les dispositions du contrat de société. Pour autant, la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise ne sera que relative, dans la mesure où ce texte n'aggrave pas ses engagements.

84. **Une contrainte limitée à l'anticipation de l'exigibilité d'une dette de l'associé.** Cette contrainte pesant sur l'associé, de l'exigibilité immédiate de son apport, doit être relativisée puisqu'elle se limite au délai de libération, sans augmenter le montant de l'apport. En effet, comme le souligne le professeur Monserie-Bon, « *cette nouvelle mesure doit être bien accueillie, car si elle anticipe le versement des sommes, elle n'aggrave pas la situation des associés* »²⁸⁹. Dans le même sens, le professeur Menjucq a également relevé, à propos de l'article L. 624-20 du Code de commerce, qu'au regard de l'exigence d'un apport, « *l'article unique de la section sur les « dispositions particulières aux sociétés » ne porte pas une atteinte grave à cette obligation essentielle du contrat de société. En effet, l'article L. 624-20, applicable aux trois procédures collectives énonce seulement que : « le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social »* »²⁹⁰.

85. **La préservation du principe d'intangibilité des engagements des associés.** L'article L. 624-20 du Code de commerce ne porte donc pas atteinte au principe d'intangibilité des engagements des associés affirmé par l'alinéa 2 de l'article L. 1836 du Code civil, lequel dispose que : « *les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* »²⁹¹. Dans la mesure où la Cour de cassation dans un arrêt du 9 février 1937²⁹², a précisé que les engagements des associés « *ne sont augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée générale entraînent une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers* ». Alors, outre le

²⁸⁹ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté », in dossier « *Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites* », *Dr. et patr.*, Juillet-août 2014, p. 69, spéc. p. 70.

²⁹⁰ MENJUCQ (M.), « Contrat de société et droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 janv. 2019, n°1, p. 60.

²⁹¹ D'autres articles, comme l'article L. 223-30 alinéa 5 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée, ou l'article L. 225-96 du Code de commerce, viennent également consacrer ce principe.

Pour des exemples jurisprudentiels : Cass. Com., 3 mai 2018, n°16-16.558, *JCP éd. N*, 5 oct. 2018, n°40, p. 34, note STORCK (P.) ; Cass. Civ., 30 nov. 2016, n°15-23.105 et n°15-23.212, *RJDA*, 1 avr. 2017, n°4, p. 290-291 ; *RD rur.*, 20 mars 2017, n°451, p. 40-41, note HIRSCH (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1 févr. 2017, n°2, p. 38-39, note MORTIER (R.) ; Lexbase hebdo-édition affaires, 22 déc. 2016, n°492, note LEBEL (C.) ; Cass. Com., 19 oct. 1999, n°97-16903, *BJS* 1 janv. 2000, n°1, p. 70, note COURET (A.) ; *Rev. Sociétés*, 1 avr. 2000, n°2, p. 294, note GODON (L.) ; *Dr. Sociétés*, 1 janv. 2000, n°1, p. 7, note BONNEAU (T.) ; Cass. Com., 22 oct. 1956, *JCP*, 1956, II, n°9678 ; Cass. Com., 9 févr. 1937, DP, 1937, I, p. 73, note BESSON (A.).

V. également sur ce principe : V. JOBERT (L.), « La notion d'augmentation des engagements des associés », *BJS*, 2004, n°5, p. 627 ; LE NABASQUE (H.), « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. Sociétés*, Actes Pratiques, 1997, n°36.

²⁹² Cass. Com., 22 oct. 1956, *JCP*, 1956, II, n°9678 ; Cass. Com., 9 févr. 1937, DP, 1937, I, p. 73, note BESSON (A.) ; V. également sur ce principe : JOBERT (L.), « La notion d'augmentation des engagements des associés », *BJS*, 2004, n°5, p. 627.

fait que l'exigibilité soit prévue par un texte et non par une disposition de l'assemblée, cette mesure n'entraîne aucune aggravation de la dette de l'associé, dans la mesure où le montant de l'apport n'est pas augmenté. Manifestement, il semble que ce délai raccourci pour la libération de l'apport ne constitue pas une violation du principe d'intangibilité des engagements des associés, même si ce texte vient « *accroître la pression sur les associés en cas d'ouverture d'une procédure* »²⁹³. La dérogation faite par le droit des entreprises en difficulté au contrat de société, se justifie par le sauvetage de l'entreprise. Ce qui suppose nécessairement une participation de l'associé à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise même si elle n'est que relative.

86. On peut aussi s'interroger sur l'incidence de cet apport de fonds sur le financement de l'entreprise, dont l'échéance est ainsi imposée par la loi, sachant que le droit des sociétés prévoit la possibilité de créer des sociétés avec un capital social symbolique.

2 - L'opportunité de l'exigibilité immédiate en dépit du faible montant du capital social

87. Afin de favoriser la création d'entreprise, le droit des sociétés permet la création de société avec un capital social dérisoire et non intégralement libéré. Ces facultés, accordées aux associés, affaiblissent la situation financière de l'entreprise. Lorsque l'entreprise sera en procédure collective, l'associé devra libérer son apport. Néanmoins, il se peut que le paiement de cette dette de l'associé soit d'un faible montant si la société est sous-capitalisée. De sorte que le paiement de cette dette ne soit pas déterminant pour le refinancement de l'entreprise. Pourtant, même dans cette hypothèse, la libération intégrale du capital social sera une condition essentielle au sauvetage de la société.

88. **Le fléau de la sous-capitalisation des sociétés.** L'article L. 624-20 du Code de commerce tire sa légitimité du besoin de financement de l'entreprise. L'incidence du paiement de cette dette de l'associé sur le sauvetage de l'entreprise dépendra du montant des apports dus à la société. La pertinence de cet article dépend donc de la nécessité de combattre la sous-capitalisation des sociétés²⁹⁴.

Comme le souligne le professeur Saint-Alary-Houin, « *la défaillance peut aussi être structurelle. Elle*

²⁹³ JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2019, n°725, p. 446.

²⁹⁴ Sur la sous-capitalisation des sociétés commerciales en droit des entreprises en difficulté : MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l'égard des membres de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-48, 28 févr. 2018, n°7.

tient généralement à une sous-capitalisation qui se traduit par une structure financière déséquilibrée »²⁹⁵. Dans leur logique libérale, les dispositions du droit des sociétés minimisent la contrainte de l'associé en matière de constitution d'un capital social « nécessaire » à son activité²⁹⁶. La tolérance du droit des sociétés pour des capitaux propres symboliques a été dictée par la volonté du législateur, afin de favoriser l'initiative économique et la création d'entreprise, alors que le capital social devrait être en adéquation avec les besoins en financement de la société.

Pour exemple, l'exigence d'un capital minimum a été supprimée dans plusieurs sociétés²⁹⁷. La suppression de ce seuil lors de la constitution de la société²⁹⁸ a suscité de nombreuses critiques au sein de la doctrine²⁹⁹, cela d'autant que le faible montant de ces seuils avait déjà été remis en cause³⁰⁰. Ces critiques étaient fondées sur la fragilité des sociétés sous capitalisées³⁰¹, cela en

²⁹⁵ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°924. p. 626.

²⁹⁶ Sur les conséquences de la suppression du capital minimum sur les entreprises en procédure collective : MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°7 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté », in dossier « Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites », *Dr. et patr.*, Juillet-août 2014, p. 69, spéc. p. 70.

²⁹⁷ Le capital peut désormais être librement déterminé par les associés dans les statuts pour une société à responsabilité limitée (C. Com. Art. L. 223-2) et pour les sociétés par actions simplifiées (C. Com. Art. L. 227-1). Le droit imposait autrefois une garantie minimum dans toutes les structures. Dans les sociétés à responsabilité limitée, le capital social devait être de 7.500 euros selon l'article 4 de l'ordonnance 2000-916 du 19 septembre 2000 (C. Com. Art. L. 223-2 ancien).

De 37.000 ou 225. 000 euros dans une société anonyme (C. Com. Art. L. 224-2).

De 37.000 euros dans une société par actions simplifiée.

De 3750 euros dans les sociétés coopératives (Loi du 10 sept. 1947, art. 27.).

De 300 euros dans une société de presse (C. Com. Art. L. 223-2.).

²⁹⁸ Un capital symbolique reste cependant envisageable. La limite serait fixée à un minimum d'un euro, en dessous duquel on risquerait de lui reprocher son caractère *artificiel* (V. GERMAIN (M.), PERIN (P.-L.), LAGARDE (P.-Y.), « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL, actes et pratiques et ingénierie sociétariaire », in dossier « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL », LexisNexis Juris-Class, Mars-avril 2013, Actes Pratiques et ingénierie sociétariaire, n°129, Mai-juin, p. 3 ; PIETRANCOSTA (A.), « Capital zéro ou zéro capital », in COURET (A.), LE NABASQUE (H.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 131).

²⁹⁹ Selon monsieur Pohe, à propos de la suppression du capital minimum pour les SARL : « Une société à risques limités sans capital social minimum, ressemble à un navire sans capitaine » : POHE (D.), « La distinction des sociétés à risques limités et des sociétés à risques illimités à l'épreuve des récentes réformes de la SARL », *LPA*, 1 juin 2007, n°110, p. 3.

On peut également relever sur le regret de la suppression d'un capital social minimum, les commentaires de Madame Dufour (DUFOUR (O.), « Le projet de loi « initiative économique » soulève la polémique », *LPA*, 14 mars 2003, n°53, p. 4.) ou du professeur Urban, qui proposait après la disparition du capital minimum dans les sociétés à responsabilité limitée de concevoir un capital d'engagement, qui servirait de gage des créanciers (URBAN (Q.), « Compétitivité et évolution du droit français des sociétés », *LPA*, 17 août 2006, n°164, p. 27).

Un auteur remarque également que le souci de faciliter la création d'entreprise par la possibilité de différer l'apport risquait de rendre cette facilité en une généralité (V. Justice, n°15650 à M. Jean Michel DUBERNARD (*JOAN Q.* n°28, 14 juillet 2003, p. 5684), MONNET (J.), obs. sous Rép. Min. *Droit des sociétés*, 2003, chr., 213).

³⁰⁰ GORE (F.), « La notion de capital social », *Études offertes à Rodière (R.)*, 1981, p. 85, spéc. p. 91 ; CASORLA (F.), « Rapport de synthèse », *LPA*, 12 janv. 1994, p. 6.

³⁰¹ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté », in dossier « Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites », *Dr. et patr.*, Juillet-août 2014, p. 69.

dépôt du droit des sociétés qui pose quelques ultimes garde-fous³⁰². En 2015, plus d'un tiers des sociétés créées étaient dotées de moins de quatre mille euros de fonds propres³⁰³.

Avec les problèmes dus à l'inadaptation du produit au marché ou la mise en œuvre par l'entreprise de moyens non pertinents, la sous-capitalisation des sociétés constitue une cause majeure de la défaillance des entreprises. De nombreuses sociétés en difficultés sont en effet sous-capitalisées³⁰⁴, parmi les sociétés commerciales aussi bien que parmi les sociétés civiles³⁰⁵. En effet, une entreprise sans capitaux suffisants pour l'acquisition de ses moyens d'exploitation n'est pas viable. Ce phénomène lié à une insuffisance du capital social de la société nouvellement créée explique qu'une majorité des entreprises en difficultés sont de jeunes sociétés³⁰⁶.

Le capital social est la marque de la motivation des associés, de leur confiance dans le projet d'entreprise³⁰⁷, sans laquelle les partenaires indispensables à la réussite de celle-ci ne pourront être mobilisés³⁰⁸. La sous-capitalisation de l'entreprise sociétaire doit donc être combattue pour la défense de l'ordre public économique. Une exigence qui a pu notamment être rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 mars 2015³⁰⁹.

³⁰² On pense par exemple à la responsabilité de l'associé qui n'aurait pas doté la société du capital suffisant à son activité. Ou encore, d'un point de vue fiscal, l'impossibilité de déduire les intérêts d'un apport en compte courant d'associés par la société emprunteuse lorsque le capital est trop faible. L'article L. 212 II, 1, a) du Code général des impôts dispose que les intérêts ne sont déductibles que dans la mesure où ces sommes ne dépassent pas pour l'ensemble des associés ou actionnaires une fois et demie le montant du capital social (V. DOM (J.-P.), « Sécurité financière et initiative économique : aspect de droit des sociétés », *Deffrénois*, 30 nov. 2003, n°22, p. 1443).

³⁰³ Selon les chiffres de l'INSEE : V. MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°7.

³⁰⁴ La sous-capitalisation et plus généralement l'insuffisance des fonds propres entraînent une vulnérabilité financière des sociétés en difficulté. Ces difficultés sont souvent dues à des problèmes de gestion qui pourraient être anticipés par un meilleur contrôle. Voir en ce sens SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°924, p. 626.

³⁰⁵ MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°7.

³⁰⁶ V. Rép. Min. 13 oct. 1980, *JCP*, 1981, IV, 8 ; V. en ce sens : COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de HAEL (J.-P.), 2013, n°386, p. 221 ; CORDIER (B.), *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, th. Paris 1989.

³⁰⁷ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°426, p. 208.

³⁰⁸ VASSEUR (M.), « L'entreprise et l'argent », *D.*, 1982, chron. p. 12 ; DIDIER (P.), « Théorie économique et droit des sociétés », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire de SAYAG (A.)*, Litec, 1997, p. 227.

³⁰⁹ Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *FS-P+B, Ribette c/ SEL Hirou* : publié au bulletin, JurisData n°2015-005248 ; *BJS*, 2015, p. 244, n°113m1, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 468, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 2015, 1261, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, n°10, novembre 2015, p. 12, comm. MORTIER (R.) ; *BJE*, juillet-août. 2015, p. 249, n°112h9, note FAVARIO (T.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015/7, comm. 107, note VALLANSAN (J.) ; *LPA*, 11 juin 2015, p. 16, n°116, note GARAUD (E.) ; *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2015, comm. 17, note LEGROS (J.-P.) ; *Gaz. Pal.*, éd. Spécialisée, vendredi 8 mai au mardi 12 mai 2015, n°128 à 132, comm. ZATTARA-GROS (A.-F.) ; *Journal des sociétés*, 1 mai 2015, n°130, p. 54-56, note BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), MATOS (A.-M.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.) ; *BJE*, avr. 2015, p. 4, obs. DIZEL (M.) ; LEDEN, n°4, avril 2015, note RUBELLIN (P.) ; *JCP éd. E* 2015, 1338, note DONDERO.

89.L'opportunité de l'exigibilité immédiate pour le financement de l'entreprise en difficulté. Au vu de cette évolution du droit des sociétés, la pertinence de l'article L. 624-20 du Code de commerce mis en lien avec le droit des sociétés peut surprendre. Dans la mesure où les récentes réformes du droit des sociétés ont fait perdre au capital sa force de financement. La contrainte imposée à l'égard des associés, lors d'une procédure collective, semble devoir être relativisée, puisque son apport sera potentiellement d'un faible montant.

Pourtant, malgré cette discordance entre le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté, l'article L. 624-20 du Code de commerce paraît déterminant pour le sauvetage de l'entreprise.

D'abord, car l'échelonnement de la dette d'apport n'est pas une option envisageable pour une société en difficulté qui a besoin d'argent. L'apport constitue le premier financement de la société, c'est la raison pour laquelle il doit être libéré, même si son montant est dérisoire.

Ensuite, la finalité de ce texte ne paraît pas se résumer uniquement au paiement d'une somme d'argent. Ce n'est pas tant le montant de l'apport qui est important, mais les conséquences que cette libération entraîne pour le sauvetage de la société.

L'article L. 624-20 du Code de commerce va permettre, d'une part, de donner une certaine réalité au capital social, ce qui sera un atout indéniable auprès des tiers investisseurs. Même si l'associé s'est engagé à faire un apport, il ne sera effectif et saisissable qu'une fois libéré. Ce n'est qu'à ce moment qu'il pourra servir de réelle garantie pour les créanciers.

D'autre part, la libération de l'intégralité du capital social est souvent une condition préalable à la mise en œuvre d'opérations sociétaires dont l'utilisation peut s'avérer déterminante pour le secours de l'entreprise.

Parmi ces opérations on peut mentionner la possibilité d'émettre des obligations. Toutes les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée³¹⁰ sont susceptibles d'émettre des obligations. Néanmoins, l'émission d'obligation est soumise à la condition d'une libération intégrale du capital social³¹¹. L'exigibilité immédiate de l'apport dès le jugement d'ouverture permettra de remplir cette condition.

D'autres techniques sociétaires dépendent aussi de la libération intégrale des apports comme

Confirmé par l'arrêt : Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15.755, *BJS*, 1 mars 2016, p. 34, n°3, note HEINICH (J.) ; *RLDA*, 2015/104, n°5558, note VOINOT (D.) ; *BJS*, 1 mars 2016, n°3, p. 157, note HEINICH (J.).

³¹⁰ C. Com. Art. L. 223-11.

³¹¹ C. Com. Art. L. 228-39, al. 2.

les augmentations de capital³¹², les opérations de scissions ou de fusions de société³¹³. Cette condition préalable sera ainsi remplie dès lors que la libération est exigible dès l'ouverture de la procédure collective³¹⁴. En libérant son apport dès le jugement d'ouverture, l'associé va donc donner les moyens de survie à l'entreprise en difficulté.

90. L'obligation faite à l'associé de libérer l'apport dès le jugement d'ouverture le contraint à participer au financement de la société en difficulté mais également à sa restructuration financière. L'objectif étant d'éviter qu'il vienne faire échec à la continuation de l'entreprise par la non libération de son apport. Cependant, cette contrainte imposée à l'associé ne sera applicable qu'en cas de procédure collective, dont la participation au sauvetage de l'entreprise dépendra de la procédure initiée.

B) La délimitation de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

91. Selon la procédure collective en cause, la légitimité de l'article L. 624-20 du Code de commerce sera différente. Son application doit d'abord se justifier selon les difficultés de l'entreprise. Il paraît en effet plus fondé d'imposer à l'associé des contraintes lorsque l'entreprise est en cessation des paiements. Elle doit ensuite être appréhendée selon les enjeux de chaque procédure. La légitimité de cet article par la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise sera vérifiée pour les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, tandis qu'elle trouvera un autre fondement pour la procédure de liquidation judiciaire.

92. Le rejet légitime de l'exigibilité immédiate lors des procédures de prévention traitement. Cette contrainte d'exigibilité immédiate, pesant sur l'associé, vient répondre au besoin d'un traitement rapide des difficultés de la société. Dans ce contexte de difficulté pour l'entreprise, « *l'heure de la libération du solde a sonné* »³¹⁵. À cette fin, l'article L. 624-20 du Code de commerce rend exigible l'apport non versé dès le jugement d'ouverture d'une procédure

³¹² Sur l'exigence d'un capital entièrement libéré pour les sociétés à responsabilité limitée : C. Com. Art. L. 223-7. Sur les conditions et les effets d'une augmentation de capital : GERMAIN (M.), PERIN (P.-L.), LAGARDE (P.-Y.), « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL, actes et pratiques et ingénierie sociétaire », in dossier « *Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL* », Actes Pratiques et ingénierie sociétaire, Lexisnexis Juris-Class, Mai-Juin 2013, n°129, p. 10.

³¹³ Les titres délivrés par l'opération de fusion ne sont cessibles que si le capital social est entièrement libéré (Groupe revue fiduciaire, *Restructuration d'entreprise*, Les guides de gestion RF, 1^{ère} éd. 2012).

³¹⁴ C. Com. Art. L. 624-20.

³¹⁵ DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, mars 2014, dossier 20, n°2.

collective. Il faut rappeler que ce texte est applicable en procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire³¹⁶.

Elle reste cependant limitée à ces seules procédures collectives. Le législateur n'a prévu aucune disposition permettant de contraindre l'associé de libérer immédiatement son apport lors des procédures de prévention traitement³¹⁷. Ce qui paraît à notre sens justifié.

L'implication de l'associé d'une société en procédure de mandat ad hoc ou de conciliation pourrait pourtant être bénéfique au traitement des difficultés d'une entreprise, mais elle ajouterait une contrainte injustifiée à l'égard de l'associé. L'obligation de secours pesant sur l'associé doit demeurer limitée aux difficultés sérieuses de l'entreprise, lorsqu'elle est en procédure collective. Le droit des procédures collectives reste respectueux du droit des sociétés dans ces situations³¹⁸. La limitation de ce principe d'exigibilité immédiate de l'apport aux seules sociétés en procédures collectives, s'inscrit dans cette logique de liberté de l'associé et de respect du droit des sociétés lorsque l'entreprise est soumise à une procédure de prévention traitement. Ainsi, il paraît peu justifié de porter atteinte à l'autonomie de la volonté et aux libertés de l'associé, alors que les difficultés de l'entreprise sont surmontables.

De plus, une telle extension irait à l'encontre de la volonté du législateur de rendre ces procédures attractives, dans la mesure où l'associé peut également être dirigeant de la société et que c'est à lui qu'incombe alors ce devoir.

93. La légitimité relative de l'exigibilité immédiate en procédure de sauvegarde. Les mêmes réserves peuvent, dans une certaine mesure, être transposées à l'application de l'article L. 624-20 du Code de commerce lors d'une procédure de sauvegarde. Il peut paraître surprenant d'imposer aux associés des obligations dès l'ouverture de cette procédure. Depuis son introduction dans le livre VI du Code de commerce par la loi n°2005-854 du 26 juillet de 2005³¹⁹, le législateur a toujours affirmé sa volonté de rendre attractive la procédure de

³¹⁶ Sur renvoi de l'article L. 631-18 du Code de commerce. Pour la liquidation judiciaire, voir article L. 643-1 Code de commerce : DUPICHOT (P.), « Le financement des entreprises en difficulté », *BJE*, sept. 2018, n°116, p. 394. « *En premier lieu, votre rapporteur se félicite de la disposition selon laquelle le jugement d'ouverture d'une procédure collective rend exigible immédiatement le montant non libéré du capital social (article L. 624-20 du Code de commerce). Il est on ne peut plus logique que le bon déroulement de la procédure et la continuité de l'entreprise puissent s'appuyer sur la totalité des engagements souscrits antérieurement par les actionnaires* » : V. Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, C. 2.

³¹⁷ Si ce n'est les dispositions du droit des sociétés et l'appel des organes dirigeants.

³¹⁸ V. Sur la démonstration d'une synergie entre le droit des entreprises en difficulté et le droit des sociétés : COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, Coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de HAEHL (J.-P.), 2013.

³¹⁹ Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

sauvegarde pour les débiteurs³²⁰. À ce titre, elle reste très respectueuse des pouvoirs des dirigeants, souvent associés de la société. Pourtant la loi contraint l'associé à participer au sauvetage de l'entreprise en rendant son apport exigible dès le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde.

Il semble alors que l'impératif de sauvetage de l'entreprise ait prévalu sur l'attractivité de la procédure. Ce qui peut se justifier dans la mesure où la procédure de sauvegarde tient en priorité à favoriser « *la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »³²¹. De plus, contrairement aux procédures de prévention traitement, cette procédure est instituée « *sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* »³²². De notre point de vue, elle paraît donc légitime à ce stade des difficultés de l'entreprise, bien que potentiellement pénalisante pour ce type de procédure.

94. La légitimité de l'exigibilité immédiate en procédure de redressement judiciaire.

En procédure de redressement judiciaire, l'exigibilité immédiate établie au jour du jugement d'ouverture semble plus légitime au regard de la situation de la société, qui est nécessairement en cessation des paiements³²³. Même si ce texte reste dérogoire des dispositions du droit de société, voire des statuts, il peut paraître acceptable de contredire cette faculté offerte à l'associé de différer le paiement de son apport lorsque l'entreprise est en redressement judiciaire. L'article L. 624-20 du Code de commerce, à l'origine de cette contrainte à l'égard de l'associé est en cohérence avec la rapidité qui sied aux procédures collectives. Le temps s'écoule différemment selon que l'on est débiteur ou créancier d'une société en procédure collective. Il s'écoule lentement pour le créancier qui se voit privé de la possibilité de recevoir le paiement de sa créance³²⁴ et s'écoule plus vite pour l'associé débiteur, dont l'exigibilité de sa dette d'apport est immédiate dès l'ouverture de la procédure collective.

³²⁰ Sur l'attractivité de la procédure de sauvegarde : LECUYER (H.), « La loi de sauvegarde article par article », *LPA*, 8 févr. 2006, n°28, p. 4.

L'ordonnance du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (Loi n°2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie) avait notamment pour mission de rendre plus attractive la procédure de sauvegarde pour le débiteur (LAUGIER-TAILLARD (N.), « L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *LPA*, 15 sept. 2009, n°184, p. 3 ; LE CORRE (P.-M.), « Les principales modifications de la procédure de sauvegarde dans le projet de réforme », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2008, n°313, p. 11 ; MONTERANT (T.), « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. Pal.*, 23-24 janv. 2008, p. 3 ; REBOUL (G.), « Faut-il encore réformer le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA*, 26 oct. 2007, p. 4).

³²¹ C. Com. Art. L. 620-1.

³²² *Ibid.*

³²³ C. Com. Art. L. 631-1.

³²⁴ C. Com. Art. L. 622-7.

En effet, de manière générale, lorsque la société est en procédure de redressement judiciaire, le paiement des créanciers est différé au maximum, afin d'éviter d'aggraver la situation de l'entreprise et permettre le redressement de l'entreprise. L'article L. 622-7 du Code de commerce interdit de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, mais également de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17 du Code de commerce.

Pour éviter d'augmenter le passif exigible, le législateur prévoit également à l'article L. 622-29 du Code de commerce que : « *le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances [sur la société] non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Pourtant, le retardement du paiement des créanciers ne fut pas toujours admis.

Sous la loi du 13 juillet 1967³²⁵, la cessation des paiements provoquait la déchéance du terme des créances sur la société³²⁶. Cet article fut finalement abrogé par l'article 238 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985³²⁷. Deux justifications peuvent être données à cette abrogation. D'une part car rendre immédiatement exigible les obligations de la société, dès la cessation des paiements, paraissait déconnecté de la mission de sauvetage de l'entreprise de cette procédure, dans la mesure où le terme convenu pour la libération aggrave le passif exigible. En raison de la contrainte que cela peut faire peser sur la société, il est donc plus favorable de ne pas rendre exigibles, dès l'ouverture de la procédure collective, les créances sur la société. D'autre part, cette exigibilité avancée au jour du jugement d'ouverture du redressement judiciaire se trouvait dénuée d'effet pour les créanciers, qui se heurtaient à l'interdiction des paiements faite au débiteur³²⁸.

À la différence des créanciers, l'associé débiteur voit son obligation exigible dès le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Telle est la logique du droit des entreprises en difficulté qui se doit de donner une chance de redressement à l'entreprise. Cette exigibilité immédiate est donc légitime au vu des objectifs de la procédure de redressement judiciaire. Elle l'est également vis-à-vis d'un associé débiteur qui a le devoir de secourir la société. Par voie de conséquence, l'associé participe au sauvetage de la personne morale par la libération de l'apport lorsque la société est en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Il en va tout autrement lorsque l'entreprise est en liquidation judiciaire.

³²⁵ V. Loi n°67-563, 13 juill. 1967, art. 37.

³²⁶ L'article 37 de la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 disposait que : « *Le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens rend exigibles à l'égard du débiteur, les dettes non échues* ».

³²⁷ V. L. n°67-563, 13 juill. 1967, art. 37.

³²⁸ VALLANSAN (J.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Situation des créanciers-Exigibilité des dettes*, Juris. Cl., Fasc. 2360, 15 mars 2020, n°2.

95. La légitimité absolue de l'exigibilité immédiate en procédure de liquidation judiciaire. Pour la procédure de liquidation judiciaire, cette contrainte pesant sur l'associé ne favorisera pas le sauvetage de la société. L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire implique en effet l'impossibilité d'un redressement, conformément à l'article L. 640-1 du Code de commerce. Cette procédure a un unique objectif qui est l'apurement du passif³²⁹. L'apport devra être versé afin de payer les créanciers.

Pour que l'associé soit contraint au sauvetage de l'entreprise, il est nécessaire que la société soit en procédure collective. Bien que l'apport soit exigible dès le jugement d'ouverture d'une procédure collective, il ne traduira une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté que dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. En procédure de liquidation judiciaire, le droit de demander l'exécution forcée de l'obligation permettra uniquement d'apurer le passif.

96. L'exigibilité immédiate des apports souscrits avant le jugement d'ouverture constitue ainsi une obligation de secours à l'égard de l'associé, pleinement justifiée par le sauvetage de l'entreprise. Il convient désormais d'étudier la situation de l'associé ou d'un nouveau souscripteur souhaitant faire un apport après le jugement d'ouverture.

§II - La souplesse des conditions de l'exigibilité de l'apport souscrit après le jugement d'ouverture

97. L'associé fondateur ou membre de la société au jour de l'ouverture de la procédure collective est redevable de son obligation de libérer l'apport à cette date. Après le jugement d'ouverture, l'engagement des associés ou de nouveaux souscripteurs³³⁰ de faire un nouvel apport sera précieux pour le sauvetage de l'entreprise. A ce titre, ces investisseurs peuvent se voir accorder des délais de libération. Ces facilités de paiements sont logiquement réservées aux associés faisant un apport nouveau et prenant un risque important dans le contexte de l'entreprise en difficulté (**A**). Cette différence de régime entre les différents souscripteurs démontre une charge différente pesant sur les associés selon la date de souscription de leurs apports et permet d'affirmer que les nouveaux apporteurs sont dispensés de toute obligation

³²⁹ C. Com. Art. L. 643-1.

³³⁰ Entendu comme des tiers à la société.

de secours. Malgré cette distinction, le principe d'égalité entre les associés ne semble pas atteint (B).

A) Un régime favorable réservé aux nouveaux apports

98. Le législateur privilégie les associés ou les nouveaux souscripteurs qui souscrivent un nouvel apport, lors d'une augmentation de capital, intervenue postérieurement au jugement d'ouverture. Cette faculté accentuée au fil des réformes (1) permet de favoriser la reprise de l'entreprise (2).

1 - Une souplesse accentuée au cours des réformes du droit des procédures collectives

99. Au cours des réformes, le droit des entreprises en difficulté a facilité la libération de l'apport pour les associés ayant souscrit un apport après le jugement d'ouverture.

100. **L'assouplissement progressif de la participation des associés effectuant un nouvel apport.** Il est intéressant d'étudier dans un premier temps l'évolution des textes régissant le droit des apports souscrits après le jugement d'ouverture, avant d'envisager dans un second temps, l'étude de l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce régissant les obligations de ces nouveaux apporteurs en droit positif.

L'évolution des dispositions régissant la libération des apports souscrits lors d'une augmentation de capital démontre qu'au fil des réformes le législateur a assoupli les modalités de la libération des apports nouveaux.

Sous le régime de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985, l'ancien article L. 621-75 du Code de commerce applicable aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises disposait, dans sa version initiale, que les associés devaient libérer immédiatement la totalité de l'apport qu'ils souscrivaient lors d'une augmentation de capital³³¹. Cette mesure était tout à fait justifiable d'un point de vue économique, dans la mesure où l'apport d'argent frais est nécessaire à la continuation de l'entreprise.

Pourtant, la loi n°94-475 du 10 juin 1994 est revenue sur ce principe³³² en aménageant un

³³¹ L'article 73 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 disposait que : « Les associés ou actionnaires sont tenus de libérer immédiatement la totalité du capital qu'ils souscrivent ».

³³² La commission des lois du Sénat avait déposé un amendement qui stipulait que le tribunal pouvait autoriser une libération partielle à titre exceptionnel et sous motivation et que le reste devait être libéré dans le délai qu'il

régime plus souple, puisqu'elle permettait au tribunal de fixer un délai de libération³³³. Cette facilité était prévue à l'article L. 626-17 du Code de commerce qui disposait que : « *Les associés ou actionnaires sont tenus de libérer le capital qu'ils souscrivent dans le délai fixé par le tribunal* »³³⁴, lors d'une augmentation de capital. Cette modification était justifiée dès lors que l'exigence d'une libération immédiate aurait pu décourager certains associés ou nouveaux souscripteurs ne disposant pas immédiatement des fonds disponibles. Le législateur avait donc privilégié la voie du financement à long terme plutôt que l'apport immédiat d'argent frais. Le tribunal pouvait alors octroyer des délais³³⁵ à ces associés ou à de nouveaux souscripteurs effectuant un apport après le jugement d'ouverture³³⁶. C'est la raison pour laquelle la réforme du 10 juin 1994 est venue modifier la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 et son régime jugé trop autoritaire, s'agissant de la libération immédiate³³⁷.

Cependant, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle³³⁸ a modifié une partie du Livre VI du Code de commerce. Parmi les changements opérés par cette loi, on note notamment l'abrogation de l'article L. 626-17 du Code de commerce. Il n'est donc plus prévu pour les apports en numéraire effectués par les nouveaux associés ou actionnaires, que leurs apports soient libérés dans le délai fixé par le juge.

101. Un assouplissement accentué par la loi du 18 novembre 2016. Il s'agit désormais de se référer à l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce qui dispose que : « *Les engagements pris par les actionnaires ou associés ou par de nouveaux souscripteurs sont subordonnés dans*

aurait fixé. L'assemblée nationale a finalement retenu une solution plus souple, puisqu'elle a donné compétence au tribunal de fixer le délai de libération de l'apport souscrit par les nouveaux associés ou actionnaires.

³³³ MARTIN-SERF (A.), *Sociétés Traité, Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°117 ; LEGROS (J.-P.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. Sort de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°127 ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, Coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J, préface de HAEHL (J.-P.), 2013, n°527, p. 303 ; LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté. Gestion et restructuration de la société », In ROUSSEL-GALLE (P.) (dir.), *Entreprise en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012, n°262, p. 111 ; LE CANNU (P.) « Loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté : aspect de droit des sociétés », *BJJS*, 1994, p. 748, n°11.

³³⁴ V. notamment en ce sens : LEGROS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires – Sort de la personne morale*, Juris-Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°127.

³³⁵ Ces délais sont inhérents au plan et ne peuvent excéder sa durée. En ce sens, MARTIN-SERF (A.), *Sociétés Traité : Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°117 ; LE CANNU (P.), « Loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté : aspect de droit des sociétés », *BJJS*, 1994, p. 748, §. 205, spéc. p. 753, n°11.

³³⁶ Ce texte n'était applicable que pour des apports en numéraire et non pour des apports en nature ou en industrie : LE CANNU (P.) « Loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté : aspect de droit des sociétés », *BJJS*, 1994, p. 748, n°11.

³³⁷ V. en ce sens LEGROS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires – Sort de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°127.

³³⁸ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

leur exécution à l'acceptation du plan par le tribunal»³³⁹. À la différence de l'ancien article L. 626-17 du Code de commerce, le juge ne fixe plus le délai de libération, lequel semble être désormais soumis à la décision de l'assemblée et aux dispositions du droit des sociétés.

Les modalités prévues par le droit des sociétés en matière d'augmentation de capital restent donc applicables en procédure de sauvegarde. Les nouveaux souscripteurs sont donc soumis à l'application des articles du Code de commerce qui prévoient, pour les sociétés anonymes³⁴⁰, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés en commandite par actions, la libération du quart au moment de la souscription et du surplus dans un délai de cinq ans à compter du jour où l'augmentation du capital a été adoptée. Pour les associés de sociétés à responsabilité limitée, l'article L. 223-32 du Code de commerce leur impose la libération d'un quart au moins de leur valeur nominale lors de la souscription. Contrairement à l'article L. 626-17 du Code de commerce qui dérogeait à ces articles³⁴¹. Les modalités concernant les apports nouveaux sont donc plus encadrées puisque soumises à des conditions précises édictées par le Code de commerce, à la différence de ce qui était prévu par l'article L. 626-17 du Code de commerce où ces modalités dépendaient du juge.

Cette solution paraît plus juste, de notre point de vue, au regard de l'interdiction de l'immixtion caractérisée du juge dans les affaires sociales. Il était difficilement concevable que le juge puisse lui-même fixer le délai de libération de l'apport. Cette disposition donne au tribunal un pouvoir important, lequel est désormais affaibli. Le tribunal n'ayant désormais qu'un simple pouvoir d'acceptation, postérieurs aux engagements pris par les nouveaux apporteurs. Le terme « *subordonnés* » de l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce implique tout de même une hiérarchie et une ascendance du pouvoir judiciaire sur les décisions des assemblées.

Désormais, le droit des entreprises en difficulté et l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce ne prévoient aucune modalité concernant les nouveaux apports, lesquelles sont régies par le droit des sociétés. La seule condition est l'acceptation par le tribunal de « *l'exécution* » de ces engagements pris par les associés ou nouveaux souscripteurs par le juge. Comme le souligne le professeur Saint-Alary-Houin : « *Un compromis est ainsi réalisé entre le respect du droit des sociétés et les exigences de la sauvegarde de l'entreprise. Le premier régit les modalités de l'augmentation de capital. Le tribunal ne peut imposer de sacrifices particuliers aux associés (ce qui est différent*

³³⁹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1021, p. 683.

³⁴⁰ C. Com. Art. L. 225-144.

³⁴¹ LEGROS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires – Sort de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°127.

en cas d'arrêt d'un plan de redressement). Mais, la décision d'arrêt du plan est subordonnée à l'effectivité de l'augmentation de capital »³⁴². L'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce n'impose donc pas de contrainte particulière aux associés, si ce n'est celle prévue par le droit des sociétés.

102. Le droit des entreprises en difficulté a donc assoupli les modalités de la libération de l'apport afin de favoriser la reprise d'entreprise.

2 - Un régime favorable à la reprise interne de la société

103. Le droit des procédures collectives réserve un sort plus favorable aux associés souscrivant un apport après le jugement d'ouverture, afin de rendre attractive la reprise de l'entreprise. Il peut permettre à de nouveaux souscripteurs de bénéficier d'un régime et d'une participation plus souple au sauvetage de la société en difficulté.

104. La nécessité de donner des libertés aux associés effectuant un nouvel apport. On peut discuter de l'opportunité et des conséquences de cette facilité réservée aux associés ou aux nouveaux souscripteurs d'apports nouveaux. *A priori*, ces facilités paraissent s'opposer à ce qui semblerait être une obligation de secours de l'associé envers la société en difficulté.

Cette liberté donnée aux assemblées, s'agissant des modalités de la libération, leur permet de prendre en compte les besoins de la société et les conditions de l'associé souscrivant dans ce cadre difficile. Certes, la libération de l'apport est un préalable à la restructuration de l'entreprise en difficulté, mais elle ne doit pas entamer la bonne volonté d'éventuels repreneurs disposés à effectuer un apport comportant des risques eu égard à la situation de l'entreprise. De sorte qu'établir une nouvelle contrainte à leur égard, comme une libération immédiate, aurait été contreproductif au regard de l'objectif de sauvetage de l'entreprise.

105. Une souplesse conforme à la volonté du législateur de favoriser les reprises internes. Ce régime de faveur permettra également d'assurer un financement sur le long terme, par l'entrée de nouveaux investisseurs. Cette logique est en accord avec les dispositions qui ont été mises en place par les réformes du droit des procédures collectives³⁴³,

³⁴² SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°943, p. 640.

³⁴³ Soit l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives et la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

qui favorisent le sauvetage de l'entreprise par l'entrée d'un tiers ou par l'octroi de nouveaux apports³⁴⁴.

En procédure de sauvegarde, on peut mentionner l'obligation faite à l'associé de voter la reconstitution des capitaux propres. Sur cette obligation, les associés sont appelés à « *décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan* »³⁴⁵. Les associés sont ainsi impliqués dans le sauvetage de l'entreprise, si une personne extérieure à la société s'engage à exécuter le plan.

Cette solution est transposable aux associés d'une société qui subit une procédure de redressement judiciaire. En effet, l'article L. 631-9-1 du Code de commerce dispose que : « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital, à hauteur du minimum prévu au même article, 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 respecter le plan* ». L'entrée d'un tiers est ainsi une condition pour imposer à l'associé de reconstituer les capitaux propres, ce qui marque la volonté du législateur de favoriser ce type de restructuration.

Toujours afin de faciliter une reprise interne, l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce permet de forcer une augmentation du capital afin de faire entrer un nouvel associé³⁴⁶. Cet article dispose que sous certaines conditions³⁴⁷, 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* ». Cette mesure, qui conduit à une « *dilution forcée* »³⁴⁸ ou une « *cession forcée* »³⁴⁹ des titres des associés, plaide en faveur de l'idée d'une promotion de la reprise interne en droit des procédures collectives.

Le législateur a ainsi mis en place plusieurs dispositifs qui incitent les investisseurs à reprendre une société en difficulté. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce va dans le

³⁴⁴ En ce sens : GAUDEMET (A.), MONSERIE-BON (M.-H.), « Reprise interne d'une société en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, nov. 2015, dossier 56 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « La promotion de la « reprise interne » dans l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP éd. E*, 2014, 1435.

³⁴⁵ C. Com. Art. L. 626-3, al. 2.

³⁴⁶ Cf. *Infra*. n°240.

³⁴⁷ V. C. Com. Art. L. 631-19-2.

³⁴⁸ C. Com. Art. L. 631-19-2, 1°.

³⁴⁹ C. Com. Art. L. 631-19-2, 2°.

sens des réformes du droit des procédures collectives³⁵⁰. Il aurait été incohérent dans ce contexte, de rendre exigible l'apport immédiatement, comme ce fut le cas sous le régime de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 et pour les apports souscrits avant le jugement d'ouverture³⁵¹. Cette contrainte aurait pu remettre en cause les différents dispositifs cités. Alors que justement, la possibilité d'une libération différée favorisera l'entrée d'un tiers investisseur, sous le contrôle du tribunal.

Par voie de conséquence, le droit des procédures collectives permet un délai de libération pour l'apport souscrit lors d'une augmentation de capital. Malgré le risque, certains associés ou investisseurs pourraient être intéressés par la reprise de l'entreprise en difficulté. Ainsi, lorsque les apports sont souscrits après le jugement d'ouverture, il est légitime de laisser plus de latitude aux nouveaux apporteurs. Dans cette mesure, le législateur a laissé à l'assemblée le soin de mettre en œuvre les modalités de libération, sans prévoir de dispositions spécifiques contraignantes à l'égard des associés. À cet égard, l'intervention du tribunal n'est qu'une validation *a posteriori* des décisions de l'assemblée générale³⁵², laquelle reste souveraine. Ainsi, les apports souscrits après le jugement d'ouverture n'impliquent que peu de contrainte à l'égard de l'associé, celles imposées par le droit des sociétés, ce qui mène à la conclusion qu'ils ne sont pas soumis à une obligation de secours. Cette solution semble légitime dans la mesure où ils prennent déjà le risque de contribuer au sauvetage d'une entreprise en difficulté.

106. Cette solution est réaliste et cohérente dès lors qu'il est difficilement concevable d'appliquer une obligation de secours à une personne qui n'était pas associé au moment où l'entreprise a connu les difficultés, ou qui participe spontanément au sauvetage. Malgré cette différence de traitement entre les différents apporteurs le principe d'égalité entre les associés n'est pas remis en cause.

³⁵⁰ V. Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; V. également : Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

³⁵¹ C. Com. Art. L. 624-20.

³⁵² C. Com. Art. L. 626-3, al. 3.

B) La pertinence de la différence de traitement au regard du principe d'égalité des associés

107. La dissociation du traitement réservé aux associés en fonction de la date de souscription de leurs apports, antérieure ou postérieure au jugement d'ouverture, est opportune au regard de l'objectif de sauvetage de l'entreprise. Malgré cette différence de traitement, le principe d'égalité des associés semble respecté (1.). Par contre, ce principe aurait été remis en cause si le droit des entreprises en difficulté avait fait une distinction, entre les associés présents avant le jugement d'ouverture et les nouveaux souscripteurs, sur les modalités applicables lors d'une augmentation de capital (2.).

1 - La préservation du principe d'égalité malgré la différence de traitement des associés selon les risques pris

108. Le droit des procédures collectives prévoit différentes modalités selon que l'apport est souscrit avant ou après le jugement d'ouverture. L'objectif d'intérêt général de la mesure et la différence de situation des associés permettent d'écarter toute violation au principe d'égalité des associés.

109. La légitimité d'une distinction entre les apports souscrits avant ou après le jugement d'ouverture. La question d'une violation du principe d'égalité des associés peut se poser sur la différence des modalités existantes entre les articles L. 624-20 et L. 626-3 du Code de commerce. Autrement dit, le principe pourrait être mis à mal par la différence de régime faite entre les associés ayant souscrit l'apport avant le jugement d'ouverture³⁵³ et les associés ayant souscrit un apport après le jugement d'ouverture³⁵⁴.

Il convient tout d'abord de préciser que l'ouverture d'une procédure collective ne paraît pas devoir perturber l'application de ce principe d'égalité des associés³⁵⁵.

S'agissant de la distinction entre les associés ayant souscrit l'apport avant ou après le jugement d'ouverture. On rappelle que l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce permet à l'assemblée de donner des délais aux associés souscrivant un apport après le jugement d'ouverture. Cette facilité implique un régime différent de celui appliqué aux souscripteurs

³⁵³ Soumis au régime autoritaire de l'article L. 624-20 du Code de commerce.

³⁵⁴ Soumis au régime plus souple de l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce.

³⁵⁵ En ce sens : CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos^o154 et s., p. 126.

ayant contracté un apport avant le jugement d'ouverture, lequel devient exigible dès le jugement d'ouverture³⁵⁶. L'obligation de libérer l'apport varie donc en fonction de la date de souscription des associés ou actionnaires.

Cette distinction est donc susceptible de mettre à mal un des grands principes du droit des sociétés, celui de l'égalité des associés³⁵⁷. La question se pose alors de la violation de ce principe dans ce cas de figure.

110. La contestation d'un principe général d'égalité des associés. On peut en premier lieu poser la question de la portée de ce principe d'égalité entre les associés. Il faut d'abord préciser que ce principe n'est pas davantage consacré par le droit des sociétés³⁵⁸, que par le droit des entreprises en difficulté ou le droit européen³⁵⁹. Le droit positif ne semble pas ériger un tel principe, dans la mesure où il ne contient que quelques références législatives³⁶⁰ et quelques solutions jurisprudentielles³⁶¹, qui ne semblent pas permettre de conclure à l'existence d'un principe général d'égalité du traitement des associés³⁶².

La contestation d'une reconnaissance du principe d'égalité entre les associés peut également se fonder sur les nombreuses exceptions à ce principe consacrées par le droit des sociétés.

³⁵⁶ C. Com. L. 624-20.

³⁵⁷ V. Notamment sur ce principe : MOULIN (J.-M.), *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, th. Dact. Paris, 1999.

³⁵⁸ MOULIN (J.-M.), *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, th. Dact. Paris, 1999 ; BISSARA (P.), DIDIER (P.), MISSEREY (P.) « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *JCP éd. E.*, 1994, n°2, *Cah. dr. Entr.*, p. 18 ; Sur la reconnaissance d'un principe d'égalité : MESTRE (J.), « L'égalité en droit des sociétés (aspect de droit privé) », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 408.

³⁵⁹ Bien que la directive n°2007/CE du 11 juillet 2007, en son article 4 dispose que « *La société veille à assurer l'égalité de traitement de tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique en ce qui concerne la participation et l'exercice des droits de vote à l'assemblée générale* ». La Cour de justice des communautés européennes a pu conclure que « *les dispositions du droit communautaire dérivé auxquelles la juridiction de renvoi fait référence ne donnent pas d'indications concluantes de l'existence d'un principe général d'égalité de traitement des actionnaires minoritaires* » : CJCE, 15 oct. 2009, n°C-101/08, *Audieux SA e. a. c/ Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e.a., Bertelsmann AG e.a.*, BJB, oct. 2010, n°1, p. 34, note SCHMIDT (D.) ; BJS, avr. 2010, n°4, p. 371, note MOULIN (J.-M.) ; *Rev. Sociétés*, mars 2010, n°1, p. 45, note PARLEANI (G.) ; *Gaz. Pal.*, 11 nov. 2009, n°315, p. 23.

³⁶⁰ V. en ce sens. C. Com. Art. L. 225-204, al. 1 ; C. Com. Art. L. 823-11 ; C.M.F. Art. L. 433-1.

³⁶¹ Il convient de se référer ici à la jurisprudence sur la théorie de l'abus de majorité et de minorité. La Cour de cassation considère qu'il y a abus de majorité dès lors que la résolution a été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les associés ou actionnaires majoritaires au détriment des minoritaires (V. en ce sens : Cass. Civ., 3^e ch. Civ., 15 oct. 2015, n°14-13.362, *JCP éd. N.*, 15 juill. 2016, n°28, p. 40, note de RAVEL D'ESCLAPON (T.)). La Cour de cassation sanctionne avant tout la rupture d'égalité entre les associés. Comme le souligne brillamment la thèse du professeur Schmidt (SCHMIDT (D.)), *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, th. Sirey, préface de BISHOP (J.-M.), 1970).

³⁶² Ou plus précisément comme l'a suggéré à juste titre une partie de la doctrine : d'un principe général « *d'égalité des actions* » (CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, p. 125, n°154 ; BISSARA (P.), DIDIER (P.), MISSEREY (P.), « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *JCP éd. E.*, 1994, n°2, *Cah. dr. Entr.*, p. 18).

Sur l'absence d'un principe général d'égalité des associés : SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°105, p. 57. *Contra* : Le professeur Mestre considère néanmoins que c'est un principe fondamental du droit des sociétés : MESTRE (J.), « L'égalité en droit des sociétés (aspects en droit interne) », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 399.

Par exemple, la loi autorise parfois une répartition inégalitaire des bénéfices³⁶³. L'apparition des actions de préférence marque également cette inégalité qui peut exister entre actionnaires. Comme l'article L. 225-123 du Code de commerce qui met à la disposition des associés la possibilité d'opter pour des actions à vote double. Alors que les articles L. 225-126, L. 228-12 et L. 228-20 du Code de commerce régissent les actions à dividende prioritaire.

Néanmoins, si on analyse ces textes, on remarque que cette inégalité de traitement des associés permet à la fois de donner plus de liberté aux associés, mais également de les inciter à investir de façon plus active dans le développement de l'entreprise³⁶⁴. Ces exceptions au principe d'égalité des associés poursuivent donc les mêmes objectifs d'attractivité et de développement de l'entreprise que l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce.

111. La remise en cause du principe pour des motifs d'intérêt social. L'intérêt social ou l'intérêt de l'entreprise serait une cause supérieure qui permettrait d'écarter l'application du principe d'égalité des associés. C'est ce que démontre la thèse de Marguerite Neunreuther³⁶⁵, qui plaide pour la possibilité de porter atteinte au principe d'égalité des associés lorsque l'intérêt social le commande³⁶⁶. Ainsi la possibilité d'une échéance différente fixée par l'assemblée en application de l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce, ne pourrait se heurter au principe d'égalité des associés. Cette différence de traitement des associés serait justifiée par l'intérêt social favorisant l'apport de fonds nouveaux destinés à garantir la survie de la société. *Lato sensu*, cette solution est confirmée par le Conseil constitutionnel, qui énonce que : « *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 direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »³⁶⁷. La satisfaction de l'intérêt général permet au législateur de faire peser sur des personnes physiques ou morales une différence de traitement lorsqu'elles sont placées dans des situations identiques³⁶⁸. De plus,

³⁶³ Même si elle interdit les clauses léonines.

³⁶⁴ ROSSIGNOL (J.-L.), « La fidélisation de l'actionnaire : une question de confiance », *LPA*, 11 août 2003, n°159, p. 3.

³⁶⁵ NEUNREUTHER (M.), *Permanence et renouvellement du principe d'égalité des actionnaires dans les sociétés anonymes*, th. Aix-Marseille, 1996.

³⁶⁶ En effet selon le professeur Mestre : « *L'égalité s'efface alors devant une plus grande souplesse de notre droit, sensible à l'intérêt de la société elle-même et donc soucieux de donner à cette dernière les moyens financiers de se redresser ou de se développer* » : MESTRE (J.), « L'égalité en droit des sociétés (aspect de droit privé) », *Rev. Sociétés*, 1989, spéc. p. 408.

³⁶⁷ Cons. Cont., n°87-232 DC, 7 janv. 1988, *Mutualisation du crédit agricole*, Rec. 17.

³⁶⁸ Sur le principe d'égalité et l'exception de l'intérêt général : GICQUEL (J.-E.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2015, n°3, p. 32 ; MESTRE (J.), « L'égalité en droit des sociétés (aspect de droit privé) », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 399.

le Conseil constitutionnel a précisé « *qu'éviter l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise* » constituait un but d'intérêt général³⁶⁹.

On peut donc affirmer que les différents textes applicables aux souscripteurs, selon la date à partir de laquelle ils ont souscrit, peuvent prévoir des délais de libération différents en fonction de la situation de l'apporteur, dans la mesure où cette distinction est commandée par le rétablissement de l'entreprise. Cette solution permet au droit des entreprises en difficulté de privilégier l'apport de fonds nouveaux et l'entrée d'investisseurs extérieurs.

Ainsi le principe d'égalité des associés doit s'incliner devant l'intérêt supérieur de l'entreprise en difficulté. Ce dernier pourrait donc justifier la légitimité des modalités prévues par l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce. On peut conclure que le principe d'égalité de traitement des associés ne s'applique pas lorsqu'il y a un objectif d'intérêt général, ce qui fonde la validité d'une échéance différente, quand l'associé avait souscrit un apport en amont du jugement d'ouverture de la procédure collective ou postérieurement à celui-ci.

112. L'application stricte du principe aux associés placés dans la même situation. De plus, le principe d'égalité a pour objectif de protéger les associés³⁷⁰, mais il pose pour condition que ces associés soient dans une situation identique. Ce principe doit être apprécié *in concreto*³⁷¹. Ainsi, il est admis que la loi ou les statuts peuvent favoriser les droits de certains associés dans des situations différentes³⁷², notamment lorsque ces derniers prennent des risques supplémentaires pour sauver ou développer l'entreprise.

Plusieurs exemples démontrent que le droit des sociétés permet d'attribuer des droits différents aux associés, lorsqu'ils sont dans des situations distinctes. Le bénéfice de droits plus importants à l'égard de certains associés peut notamment s'expliquer par une contrepartie faite à celui-ci, lorsqu'il va notamment apporter des fonds propres nouveaux à l'entreprise. La prise en compte de ce risque peut alors justifier l'augmentation de ses droits.

La catégorie des associés bailleurs de fonds en est un exemple³⁷³. Ces investisseurs qui ne

³⁶⁹ Cons. Const., n°2013-368 QPC, 7 mars 2014, *Sté Nouvelle d'exploitation Stbrau hôtel*; Cons. Const. 2013-352 QPC, 15 nov. 2013, *sté Mara Télécom et autre*, Rec. 1036; Cons. Const., n°2013-372 QPC, 7 mars 2014, M Marc V; Cons. Const., n°2012-286 QPC, 7. Déc. 2012, *sté Pyrénées services et a.*, Rec. 642.

Sur ces différentes décisions : GICQUEL (J.-E.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2015, n°3, p. 32.

³⁷⁰ DIDIER (P.), « Les conventions de vote », in *Le monde du Droit*, Mélanges en l'honneur de FOYER (J.), 1997, PUF, p. 341, spéc. p. 342.

³⁷¹ En ce sens : MESTRE (J.), « De l'égalité en droit des sociétés (aspects en droit interne) », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 399, spéc. p. 400.

³⁷² MESTRE (J.), « L'égalité en droit des sociétés (aspect de droit privé) », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 399.

³⁷³ SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th. Sirey, préface de BISHOP (J.-M.), 1969, p. 8; CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration dans la société par actions*, th. Sirey, préface de LOUSSOUARN (Y.), 1962, p. 29.

souhaitent pas participer à la politique de l'entreprise, seront alors intéressés par des actions sans droit de vote, des titres participatifs³⁷⁴ ou des certificats d'investissement³⁷⁵. En contrepartie de ces titres sans droit de vote et du risque encouru par la perte de leurs apports, ils bénéficieront généralement d'une augmentation de leurs droits financiers, notamment par des avantages sur la distribution des dividendes. Outre ces intérêts pour les apporteurs, l'entrée dans le capital de ces bailleurs de fonds sera bénéfique pour l'entreprise qui obtiendra des fonds propres nouveaux et évitera ainsi la demande d'un prêt avec intérêts auprès d'un établissement de crédit.

Les juges ont d'ailleurs confirmé la possibilité d'une atteinte à ce principe d'égalité pour des associés dans des situations différentes. Cette exception au principe d'égalité des associés a pu être confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1994³⁷⁶. En l'espèce, une clause de préemption avait été votée par l'assemblée générale extraordinaire en faveur uniquement de deux associés cautions de la société. La validité de cette clause fut remise en question sur le moyen de la violation du principe d'égalité des associés. La Cour de cassation jugea que le principe d'égalité, qui s'applique *in concreto*, n'avait pas lieu de jouer lorsque les associés étaient dans des situations différentes. Par leurs actions envers la société, ces associés cautions encourent un risque plus important que les autres associés. Ils permettent également d'apporter une sécurité à la société ce qui va dans le sens de l'intérêt de la personne morale.

Si l'on transpose ces différentes solutions à l'alinéa 3 de l'article L. 626-3 du Code de commerce, compte tenu de la différence de situation de l'entreprise, il paraît plus légitime d'attribuer des délais aux associés qui souscrivent un apport après l'ouverture de la procédure collective, qui par leur effort et les risques qu'ils prennent donne une possibilité de continuation à l'entreprise. Ce qui impose qu'ils ne soient pas en plus redevables d'une obligation de secours envers la société.

113. Pour conclure, la différence de situation des associés et l'intérêt social que défend cette mesure rendent légitime cette distinction des modalités de libération de l'apport selon que l'associé a souscrit l'apport avant ou après le jugement d'ouverture. Le principe d'égalité est donc préservé.

³⁷⁴ Les articles L. 228-12 et L. 228-20 du Code de commerce permettent l'attribution de titres participatifs pour les entreprises publiques et les sociétés agricoles (sur ces exemples : V. SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J, préface de TERRE (F.), 2002, n°105, p. 57.). Tous ces exemples démontrent que les associés peuvent être dans des situations différentes et bénéficier de droits inégaux afin de satisfaire le développement de l'entreprise.

³⁷⁵ C. Com. Art. L. 228-30.

³⁷⁶ Cass. Com., 15 févr. 1994, n°92-12.330.

2 - Le principe d'égalité appliqué aux associés participant à une augmentation du capital en procédure collective

114. Dans le cadre d'une augmentation de capital postérieure au jugement d'ouverture, différencier les modalités entre les associés et les nouveaux souscripteurs ne semble pas opportun pour le sauvetage de l'entreprise. Cette distinction serait de plus contraire au principe d'égalité des associés.

115. Le rejet d'une distinction entre les associés et les nouveaux souscripteurs.

La question d'une distinction entre les nouveaux souscripteurs et les associés présents avant l'ouverture de la procédure collective fut notamment posée par le professeur Legros. Cet auteur a cherché à savoir « *si le délai de libération peut être unique et valoir pour tous les souscripteurs, ou être réservé à certains d'entre eux, notamment aux nouveaux souscripteurs qui prennent le risque de financer la société en redressement ?* »³⁷⁷. Cette question à l'origine posée pour l'application de l'ancien article L. 621-75 du Code de commerce³⁷⁸, puis reprise par l'article L. 626-17 du Code de commerce qui l'a remplacé³⁷⁹, est toujours d'actualité avec l'article L. 626-3 du Code de commerce qui soumet cette fois ces délais à la décision de l'assemblée.

Il peut paraître surprenant que l'article L. 626-3 du Code de commerce s'applique sans établir de distinction entre les associés selon leur date d'entrée dans la société. Le cas échéant, ces associés pourraient être responsables des difficultés de la société. Plusieurs exemples peuvent être apportés pour caractériser cette responsabilité de l'associé, notamment le défaut d'apport de fonds propres suffisants à la réalisation de l'activité³⁸⁰, la distribution trop importante de dividendes ou des mauvais choix stratégiques. L'application de ce régime de faveur, sur les

³⁷⁷ LEGROS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires – Sort de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°128. ; Sur cette même question : LE CANNU (P.) « Loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté : aspect de droit des sociétés », *BJS*, 1994, p. 748, n°11.

³⁷⁸ LE CANNU (P.) « Loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté : aspect de droit des sociétés », *BJS*, 1994, p. 748, n°11.

³⁷⁹ V. LEGROS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires – Sort de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°127.

³⁸⁰ Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, publié au bulletin ; Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *FS-P+B*, *Ribette c/ SEL Hirou* : JurisData n°2015-005248 ; *BJS*, 2015, p. 244, n°113m1, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 468, note PORACCHIA (D.) ; *BJE*, avr. 2015, p. 4, obs. DIZEL (M.) ; *BJE*, juillet-août. 2015, p. 249, n°112, note FAVARIO (T.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015/7, comm. 107, note VALLANSAN (J.) ; LEDEN n°4, avril 2015, note RUBELLIN (P.) ; Cass. Com., 10 mars 2015, *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2015, comm. 17, note LEGROS (J.-P.) ; *JCP éd. E*, 2015, 1261, note DONDERO (B.) ; Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15505. *Gaz. Pal. Éd. Spéc.*, vendredi 8 mai au mardi 12 mai 2015, n°128 à 132, comm. ZATTARA-GROS (A.-F.) ; MORTIER (R.), comm. *Dr. Sociétés* n°10, novembre 2015, comm. 64 ; *Journal des sociétés.*, 1 mai 2015, n°130, p. 54-56, note BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), MATOS (A.-M.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.) ; *JCP éd. E*, 2015, 1338, note DONDERO ; *LPA*, 11 juin 2015, p. 16, n°116, note GARAUD (E.).

Confirmé par l'arrêt : Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15.755, *BJS*, 1 mars 2016, p. 34, n°3, note HEINICH (J.) ; *RLDA* 2015/104, n°5558, note VOINOT (D.).

modalités de la libération, pourrait alors être réservée aux nouveaux souscripteurs. On peut également reprocher aux associés de ne pas être intervenus avant l'apparition des difficultés de l'entreprise. La participation des associés anciens aurait dû intervenir avant la survenance de la procédure collective. Cette différence de régime aurait également pour avantage de favoriser les reprises externes.

Comme l'avait souligné le professeur Le Cannu³⁸¹, un tel raisonnement serait inadmissible si la société était *in bonis*, violant incontestablement le principe d'égalité des associés³⁸². La même solution doit-elle être reconduite dans le contexte d'une société en difficulté ? Une réponse positive s'impose car le risque pris par les nouveaux apporteurs et les associés de la société sera le même. Ils sont donc dans la même situation, ce qui ne permet pas de faire une distinction entre eux sans violer le principe d'égalité des associés.

De plus, il en va de l'intérêt de l'entreprise qui a besoin de financement nouveau, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la date d'entrée de l'associé. Instaurer un régime plus lourd pour les associés présents avant le jugement d'ouverture pourrait les dissuader de participer à une augmentation de capital. Cette distinction serait donc contreproductive pour le rétablissement de l'entreprise, même si elle favorisait les reprises externes.

116. Conclusion Section I. Cette idée de protection de l'entreprise qui habite les dispositions du droit des entreprises en difficulté justifie l'éviction des textes du droit des sociétés. L'associé a ainsi l'obligation de se plier devant cet intérêt supérieur. Les modalités régissant la libération de l'apport doivent donc dépendre de la date de sa souscription. L'associé ayant souscrit l'apport avant le jugement d'ouverture doit être traité de façon plus rigoureuse que l'associé qui prend le risque d'investir dans une société en procédure collective. L'obligation de secours ne pesant alors que sur les premiers et uniquement dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. Il faut désormais vérifier par l'étude de l'exécution de la libération de l'apport que ce dispositif sert bien le sauvetage de l'entreprise.

³⁸¹ LE CANNU (P.) « Loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté : aspect de droit des sociétés », *BJS*, 1994, p. 748, n°11.

³⁸² Cette réponse avait été apportée concernant l'ancien article L. 621-75, mais elle est transposable à l'article L. 626-3 du Code de commerce.

SECTION II

La participation de l'associé caractérisée par les conditions d'exécution de la libération de l'apport

117. Parvenu à la conclusion que les modalités de la libération de l'apport induisent une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, il reste à démontrer que l'exécution de cette contrainte, imposée par l'article L. 624-20 du Code de commerce, renvoie aussi à cette idée d'obligation de secours.

C'est au mandataire³⁸³ et au liquidateur³⁸⁴ que l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014³⁸⁵ a confié l'action en recouvrement de la dette d'apport. Ces organes judiciaires auront pour mission de mettre en demeure l'associé de libérer son apport. La légitimité et l'étendue de cette compétence des organes judiciaires dans le cadre de notre démonstration d'une obligation de secours de l'associé interroge.

118. Il convient de se concentrer sur la compétence des organes judiciaires contraignant les souscripteurs à libérer leurs apports. La force et l'urgence que nécessite l'exécution de cette contrainte rendent légitimes l'intervention d'un organe judiciaire. On peut cependant regretter que le choix du législateur se soit porté sur l'organe représentant l'intérêt des créanciers. Certes, la libération de l'apport assurera le rôle du capital social en tant que gage des créanciers, mais l'intérêt principal de cette disposition tient davantage au sauvetage de l'entreprise. L'attribution de ce pouvoir de contrainte à l'égard de l'associé aurait peut-être dû revenir à l'organe représentant l'intérêt de l'entreprise, ce qui aurait été plus en lien avec l'idée d'une participation de l'associé au sauvetage de la société (§I). Outre l'attribution de ce pouvoir de contrainte, on notera que l'organe judiciaire dispose de pouvoirs importants sur les associés afin de les contraindre à libérer leurs apports (§II).

³⁸³ C. Com. Art L. 622-20, al. 2 : « *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* ». Applicable en procédure de redressement judiciaire sur renvoi de l'article C. Com. Art. L. 631-18, al. 1.

³⁸⁴ C. Com. Art. L. 641-4, par renvoi à l'article C. Com. L. 622-20.

³⁸⁵ Ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

§I. Le fondement discutable de la compétence du mandataire judiciaire en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire

119. Avec l'ordonnance du 12 mars 2014 précitée, le législateur a confié aux organes représentant les créanciers la mission de l'appel du non versé. En raison de leur mission de protection des créanciers, le mandataire³⁸⁶ et le liquidateur³⁸⁷ ont naturellement été choisis pour appeler les apports non libérés. L'attribution de cette compétence à ces organes semble faire renvoi à la conception du capital social pris dans son rôle de gage des créanciers. Néanmoins, cette conception du capital social en tant que gage des créanciers, est-elle toujours d'actualité ? Il est permis d'en douter.

En procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, les dispositions du droit des entreprises en difficulté donnent compétence au mandataire judiciaire pour mettre en demeure l'associé défaillant³⁸⁸. L'attribution de cette compétence, fondée sur l'intérêt des créanciers, peut alors échoir à d'autres organes, représentant eux aussi cet intérêt. La pertinence de cette attribution de compétence reposant sur l'idée d'un capital social entendu comme le gage des créanciers doit être relativisée **(A)**. La seconde conception du capital social, comme un outil de développement financier semble plus appropriée, elle permet de relier la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise et d'envisager l'action d'autres organes représentant les intérêts de l'entreprise **(B)**.

A) La remise en cause d'une compétence fondée sur l'intérêt des créanciers

120. En cas d'inaction du mandataire judiciaire, les contrôleurs pourront intervenir pour rappeler aux associés leurs obligations de libérer l'apport. Si la compétence de l'appel du non versé concerne au premier chef les créanciers, alors l'attribution de cette compétence au juge-commissaire est envisageable, contrairement à ce que prévoyait une ancienne jurisprudence de la Cour de cassation **(1)**. Toutefois, si le capital apporté constitue toujours un gage des créanciers, cette conception du capital social doit être nuancée, de même que la légitimité du mandataire judiciaire à exercer une telle action **(2)**.

³⁸⁶ C. Com. Art L. 622-20, al. 2.

³⁸⁷ C. Com. Art. L. 641-4, par renvoi à l'article C. Com. L. 622-20.

³⁸⁸ C. Com. Art L. 622-20, al. 2 pour la procédure de sauvegarde et C. Com L. 631-18, al. 1 pour la procédure de redressement judiciaire.

1 - L'identification d'une compétence fondée sur l'intérêt des créanciers

121. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, la mise en demeure de l'associé défaillant revient au mandataire judiciaire. En optant pour la compétence du mandataire judiciaire, voire des contrôleurs, le législateur semble avoir consacré l'idée selon laquelle la libération de l'apport répondrait principalement à la nécessité de garantir le paiement des créanciers.

122. **La légitimité de la compétence du mandataire judiciaire et des contrôleurs.** En procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, la compétence de l'appel du non versé revient au mandataire. L'alinéa 2 de l'article L. 622-20 du Code de commerce dispose que : « *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* » et l'article R. 624-17 prévoit que le « *mandataire judiciaire met en demeure l'associé ou l'actionnaire défaillant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* »³⁸⁹.

Avant que le débiteur défaillant soit poursuivi³⁹⁰, il faut que celui-ci ait été préalablement mis en demeure³⁹¹. Cette formalité conditionne la validité de toute procédure d'exécution³⁹². L'associé débiteur sera dans cette situation juridique, à partir du moment où le mandataire lui aura demandé de s'exécuter³⁹³, ou alors de plein droit, si le terme de l'obligation avait été prévu conventionnellement. Cette mise en demeure adressée aux associés d'avoir à payer leur dette est à mettre en lien avec l'article L. 624-20 du Code de commerce qui rend exigible la libération de l'apport non libéré au jour du jugement d'ouverture.

L'attribution de cette compétence au mandataire paraît « *justifiée* »³⁹⁴, voire logique³⁹⁵, dès lors

³⁸⁹ Cette compétence se retrouve aussi à l'alinéa 2 de l'article L. 622-20 du Code de commerce qui dispose que : « *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* ».

³⁹⁰ L'associé ou l'actionnaire défaillant dispose d'un délai de trente jours pour s'acquitter de sa dette. L'article R. 624-18 du Code de commerce précise que le délai mentionné à l'article R. 228-26 du Code de commerce est applicable à cette mise en demeure. Le délai est de trente jours.

³⁹¹ GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., préface de OPHELE (C.), 2006, nos^o198 et s., p. 192.

³⁹² TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.) *Droit civil, les obligations*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 12^{ème} éd. 2019, n^o1429, p. 1507.

³⁹³ Cette mise en demeure de libérer l'apport non versé doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception : C. Com Art. R. 624-17 ; La rédaction de la lettre doit reprendre les dispositions de l'article L. 624-20 ; LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n^o076.262, p. 250.

³⁹⁴ LE CORRE (J.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd. 2021-2022, n^o642-422, p. 2252.

³⁹⁵ « *Fort logiquement, comme en liquidation judiciaire le liquidateur, c'est donc au mandataire judiciaire qu'il incombe d'agir contre les associés ou les actionnaires* » : LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n^o76.78, p. 268.

que le mandataire a pour compétence le recouvrement des sommes dues à la société et que la libération de l'apport assure la fonction du capital social comme gage des créanciers dont il a la charge³⁹⁶. Cette légitimité ressort également du rapport fait au président de la République, qui précise que ce pouvoir du mandataire « *trouve son fondement dans l'intérêt collectif des créanciers d'obtenir des associés ou actionnaires un effort correspondant aux contraintes qui leur sont imposées* »³⁹⁷. En effet, le mandataire est seul compétent à pouvoir mener les actions relatives « *à la protection et à la reconstitution du gage des créanciers* », selon un arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2015³⁹⁸. La compétence de l'article L. 622-20 du Code de commerce semble donc trouver son fondement dans la protection ou la reconstitution du gage des créanciers. Cela paraît effectivement légitime si l'on considère le capital social comme le gage des créanciers.

Le mandataire ne sera pas l'unique détenteur de cette compétence³⁹⁹, qui a pour but de protéger l'intérêt des créanciers⁴⁰⁰. D'autres organes sont également compétents comme le précise le rapport fait au Président de la République⁴⁰¹. En effet, à défaut d'intervention du mandataire judiciaire, les contrôleurs pourront agir, conformément à l'alinéa 1 de l'article L. 622-20 du Code de commerce⁴⁰². Les contrôleurs représentant aussi les intérêts des créanciers, leur compétence est en effet cohérente avec l'idée d'un capital vu comme le gage des créanciers.

123. L'action possible du commissaire à l'exécution du plan. On constate donc que les organes de la procédure collective tirent leur obligation de mise en demeure de l'associé de leur mission de protection des créanciers⁴⁰³. Alors, on peut se demander si le commissaire à

³⁹⁶ Voir en ce sens l'article L. 622-20, al. 1 qui désigne le mandataire judiciaire comme seul représentant de l'intérêt collectif des créanciers ; Voir également sur la justification du mandataire comme représentant de l'intérêt collectif des créanciers : le rapport du président de la république relatif à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, II-3.

³⁹⁷ Rapport du président de la république relative à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, II-3. Les associés ou actionnaires.

³⁹⁸ Cass. Com., 2 juin 2015, n°13-24.714.

³⁹⁹ C. Com. Art L. 622-20, al. 2 : « *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* ». Modifié par l'ordonnance 2014-326 du 12 mars 2014 et par renvoi aux articles C. Com. Art. L. 631-18, al. 1 ; Voir sur cet article : LEGROS (J.-P.), « Traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2014, Étude 11, n°6 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites : Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté », *Dr. et patr.*, Juillet-août 2014, p. 69.

⁴⁰⁰ Pour le mandataire : C. Com. Art. L. 622-20, al. 1.

⁴⁰¹ « *Il n'est pas exclusif de l'action d'autres organes compétents* ». V. en ce sens le rapport du président de la république relative à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, II-3. Les associés ou actionnaires.

⁴⁰² C. Com. Art. L. 622-20, al. 1 : « *Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Toutefois, en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.* » V. en ce sens : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2021-2022, n°642-422, p. 2252 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, mai 2014, 178.

⁴⁰³ Le mandataire judiciaire pour la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire et le liquidateur judiciaire pour la procédure de liquidation judiciaire.

l'exécution du plan⁴⁰⁴, qui tire lui aussi sa compétence de la représentation de l'intérêt collectif des créanciers⁴⁰⁵, ne pourrait pas voir ses compétences élargies et intervenir pour mettre en demeure les associés ou actionnaires débiteurs ? Cette conception remettrait en cause une jurisprudence ancienne qui refusait l'intervention du commissaire à l'exécution du plan car il ne représentait pas les intérêts du débiteur mais ceux des créanciers⁴⁰⁶. La Cour de cassation ayant jugé sur le fondement de l'ancien article L. 621-68 du Code de commerce que : « *Attendu que le commissaire à l'exécution du plan, qui ne représente pas le débiteur, ne peut pas se substituer aux organes légaux de la société pour exiger d'un associé qu'il libère ses apports ; qu'en cas de cession totale des actifs de la société, cette demande incombe à son liquidateur amiable ou mandataire ad hoc* ».

Son intervention pourrait désormais être légitime⁴⁰⁷, en raison de sa mission de protection des intérêts des créanciers⁴⁰⁸. Si l'on se réfère au motif évoqué par les juges, un revirement de jurisprudence serait donc justifié, s'agissant de la compétence du commissaire à l'exécution du plan à appeler l'apport non versé. Sa compétence serait pour autant contestable, dans la mesure où il empièterait sur une prérogative des organes dirigeants. Rappelons que le commissaire à l'exécution du plan intervient après l'adoption du plan et que c'est donc au droit commun des sociétés qu'il faut se référer. On ne voit pas sur quel fondement le commissaire à l'exécution du plan pourrait intervenir sur une mission qui incombe aux organes dirigeants. Sa compétence paraît donc injustifiée.

124. Cette vision du capital social, jugé comme un gage des créanciers justifie la compétence du mandataire et des contrôleurs. Cependant, cette fonction du capital social doit être relativisée.

⁴⁰⁴ Le professeur Lucas pense effectivement que le commissaire à l'exécution du plan peut avoir cette compétence : LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, Collection droit fondamental, PUF, 3^{ème} éd. 2020, n°211, p. 207.

⁴⁰⁵ Conformément à l'article L. 626-25, al. 4 du Code de commerce qui dispose que : « *Le commissaire à l'exécution du plan est également habilité à engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers* ».

⁴⁰⁶ Une société civile immobilière, dont les statuts prévoyaient que le versement des apports serait effectué en fonction des besoins et de la demande de la gérance. La société fut mise en redressement judiciaire, puis avait fait l'objet d'un plan de cession. Le commissaire était intervenu pour demander le paiement du capital non versé ; Cass. Com., 12 oct. 2004, n°02-16.762 : *RJDA*, 2/05 n°136 ; *BJS*, 1 janv. 2005, n°1, p. 27, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP éd. G*, 26 janv. 2005, n°4, p. 144, note CABRILLAC (M.), PETEL (M.).

⁴⁰⁷ Sur la compétence du juge-commissaire à l'exécution du plan. Voir en ce sens : CHARVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), *Sociétés commerciales*, Mémento pratique, Francis Lefebvre, éd. 2016, n°91306, p. 1626.

⁴⁰⁸ C. Com L. 626-25, al. 3 et L. 631-19, II.

2 - L'archaïsme de la conception du capital social comme gage des créanciers

125. On peut regretter que la conception du capital social comme gage des créanciers, aujourd'hui en désuétude, ait été retenue par le législateur dans le choix de l'organe compétent pour mettre en demeure l'associé débiteur de l'apport.

126. **La remise en cause partielle de la compétence du mandataire judiciaire.** L'apport est l'élément constitutif du capital social⁴⁰⁹, lequel sert de gage aux créanciers. Le mandataire judiciaire, en tant que représentant des créanciers, est donc celui à qui doit échoir cette compétence d'appel du capital non versé. La fonction du capital social entendu comme un gage des créanciers fonde les règles de compétences de l'apport du capital, alors que celles-ci devraient considérer le capital comme base du sauvetage de l'entreprise.

127. **Le déclin de la fonction de garantie du capital social.** La compétence de l'organe chargé de la mise en demeure des associés aurait peut-être dû être recherchée en considération des autres fonctions du capital social⁴¹⁰.

Traditionnellement, le capital social joue trois rôles⁴¹¹ : il peut servir d'indice de la solvabilité de la société, de garantie⁴¹², mais aussi de financement pour l'entreprise. La proportion de chacun à la constitution du capital social détermine également les pouvoirs des associés au sein de la société⁴¹³. L'évolution du droit des sociétés et sa contractualisation ont progressivement affaibli l'utilité du capital social.

⁴⁰⁹ En l'absence de texte, il paraît difficile de définir ce qu'est le capital social, certains le qualifiant de notion *abstraite* (LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Coll. Domat droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n° 208, p. 169 ; V. également : DECROIX (Y.), *Du capital social à la situation nette*, th. Rouen, 2003, n°11, p. 30 ; TUNC (A.), *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, coll. Étude juridique comparatives, 1985, n°35, p. 52). Une partie de la doctrine a tout de même essayé de définir cette notion. Selon une partie de la doctrine, le capital social correspondrait « à la somme de la valeur des apports, hors les apports en industrie, est une représentation abstraite dont le montant est inscrit au passif du bilan, tandis que les éléments apportés par les associés, qui ont une existence concrète, sont répertoriés à l'actif du bilan » (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°572, p. 242-243 ; Dans le même sens : GUYON (Y.), *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, T. I, coll. Droit des affaires et de l'entreprise Economica, Economica, 12^{ème} éd. 2003, n°109). Le capital social serait en lien direct avec l'apport. Cette définition n'est que partiellement juste, car seuls certains apports sont comptabilisés en capital (En ce sens : ITSIEMBOU MABIKA (N.-E.), *L'utilité du capital social : étude de droit français*, th. Paris 2010, n°3). Les apports en industrie sont par exemple non comptabilisés dans le montant du capital social (C. Civ. Art. 1843-2, al. 2.).

⁴¹⁰ Sur le sujet : V. ITSIEMBOU MABIKA (N.-E.), *L'utilité du capital social : étude de droit français*, th. Paris 2010.

⁴¹¹ Sur les différentes fonctions du capital social : V. DANA-DEMARET (S.), *Le capital social*, th. Montpellier, T. 23, Litec, préface de REINHARD (Y.), 1989.

⁴¹² Cette fonction de garantie du capital social a été consacrée par la deuxième directive du Conseil des Communautés européennes du 13 septembre 1976 : Deuxième directive du Conseil des Communautés européennes du 13 septembre 1976, *JCP*, 1977, III, 45383.

⁴¹³ En ce sens, voir : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n°581, p. 244 ; GUYON (Y.), *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, T. I, coll. Droit des affaires et de l'entreprise Economica, Economica, 12^{ème} éd. 2003, n°110, p. 113.

Une partie de la doctrine a alors évoqué sa suppression⁴¹⁴, s'appuyant en partie sur le déclin de sa fonction de garantie pour les créanciers. Le professeur Le Cannu a pu évoquer « *un faux gage des créanciers* »⁴¹⁵, alors que le professeur Pietrancosta mentionne une « *démystification* »⁴¹⁶ du capital social comme gage des créanciers⁴¹⁷. En effet, une partie de la doctrine considère qu'il « *n'offre aux partenaires de l'entreprise qu'une apparence de protection* »⁴¹⁸. Il ne procure plus, ou presque, de garantie pour les créanciers.

128. L'effacement du capital social comme gage des créanciers au regard de l'évolution du droit des sociétés. La compétence du mandataire judiciaire, reposant sur cette fonction du capital social comme gage des créanciers, se heurte à l'abandon progressif de cette conception par le droit des sociétés. L'évolution récente de cette matière qui réduit jusqu'à l'euro le montant du capital social minimum, afin de favoriser la création de sociétés, en est la démonstration.

La loi n°2001-420 du 15 mai 2001 est la première à remettre en cause l'existence du capital social comme garantie des créanciers dans les sociétés à responsabilité limitée⁴¹⁹. Alors que la loi du 24 juillet 1966 prévoyait la libération immédiate des apports en numéraire et en nature dans les sociétés à risque limité⁴²⁰, la loi du 15 mai 2001 vient supprimer cette exigibilité immédiate, en donnant la possibilité aux associés d'échelonner leur obligation de libération

⁴¹⁴ En ce sens : ÉTAIN (P.), « Du zéro comme capital social », *LPA*, 19 sept. 2011, n°186, p. 4 ; ITSIMBOU MABIKA (N.-E.), *L'utilité du capital social : étude de droit français*, th. Paris, 2010, n°17, p. 28 ; REINHARD (Y.), « Simplification de la création d'entreprise, le droit des sociétés pour 2004 », in *Des lois initiative économique et sécurité financière aux réformes annoncées*, Journées d'études, D., 2004, p. 6 ; SERRA (G.), « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *Bull. Joly.*, 2004, p. 915 ; DIDIER (P.), *Droit commercial, t. 2, les entreprises en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 96 ; JEANTIN (M.) *Droit des sociétés*, Précis Domat, Montchrestien, 3^{ème} éd. 1994, n°112, p. 56.

⁴¹⁵ LE CANNU (P.), « Les rides du capital social », in COURET (A.) (DIR.), LE NABASQUE (H.) (DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 3.

⁴¹⁶ PIETRANCOSTA (A.), « Capital zéro ou zéro capital », in COURET (A.) (DIR.), LE NABASQUE (H.) (DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 135.

⁴¹⁷ Dans le même sens, le professeur Dom évoque le « *mythe du capital social –gage des créanciers* » (DOM (J.-P.), « Sécurité financière et initiative économique : aspect de droit des sociétés », *Defrénois*, 30 nov. 2003, n°22, p. 1443).

⁴¹⁸ CHAMPAUD (C.), PAILLUSSEAU (J.), *Cours de droit commercial et de droit des affaires*, Faculté de droit de Rennes, 1970, p. 231 ; V. Également sur le caractère secondaire du capital social comme gage des créanciers : CARAMALLI (D.), CAFRITZ (E.), « Le mythe du capital social. Le bien-fondé d'une réforme », *Banque et Droit*, n°94, mars-avril 2004, p. 3 ; DIDIER (P.), *Les sociétés commerciales*, 1997, PUF, p. 45 ; BONNEAU (T.), « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés », *RTD Com.*, 1988, n°12, p. 584 ; GERMAIN (M.), « Le capital de la société commerciale », *RJ com.*, n°spécial. nov. 1987, p. 28.

⁴¹⁹ ITSIMBOU MABIKA (N.-E.), *L'utilité du capital social : étude de droit français*, th. Paris 2010, n°16, p. 28.

⁴²⁰ Art. 38 loi 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : « *Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées, qu'elles représentent des apports en nature ou en numéraire* ».

pour les apports en numéraire⁴²¹.

Le recul de la date d'exigibilité de la libération de l'apport, marque une première déconnexion entre le capital et sa fonction de protection des créanciers. Cette dette de l'associé envers la société demeure virtuelle, en attendant la libération des apports souscrits. Comme le souligne le professeur Le Cannu : « *Seul compte l'actif social, parce que c'est lui le véritable gage des créanciers* »⁴²². Les créanciers ne peuvent être remboursés que sur des biens saisissables, plus difficilement sur des engagements⁴²³. Le gage des créanciers ne porte que sur l'actif social⁴²⁴ et on peut regretter, en la matière, la rigueur passée des dispositions de la loi de 1966⁴²⁵.

Ensuite, la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a supprimé l'exigence d'un capital minimum⁴²⁶, imposé par la loi de 1966 pour les sociétés à responsabilité limitée⁴²⁷. Les capacités financières de la société et les garanties qu'elles procurent pour les créanciers s'en trouvent incontestablement fragilisées.

Enfin, la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et l'ordonnance n°2009-79 du 22 janvier 2009 ont parachevé cette remise en cause du capital social comme gage des créanciers, en supprimant l'exigence d'un capital social dans les sociétés par actions simplifiées. La suppression du capital minimum traduit un « *désenchantement législatif, une certaine désillusion, tout au moins quant à la fonction protectrice du capital* »⁴²⁸. Le professeur Pietrancosta indique qu'on « *pourrait s'amuser à relever la contradiction consistant à se désoler d'un côté, de l'insuffisance de fonds propres des entreprises françaises, de la vulnérabilité financière qui en résulte, et de l'autre, à créer les conditions de cette vulnérabilité en supprimant le coussin minimal de sécurité exigé à cet égard sous la forme d'une minimum légal* »⁴²⁹. La suppression du capital minimum vient soulager les entrepreneurs d'une charge, mais également rétablir la liberté du choix du statut juridique. En effet, selon le projet de loi pour l'initiative économique : « *il n'y a aucune logique à ce que la loi détermine arbitrairement quel est le bon niveau de capital pour lancer une activité économique : c'est à chaque entrepreneur*

⁴²¹ Art. 124 loi 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : « *Les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant* ».

⁴²² LE CANNU (P.), « Les rides du capital social », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 3.

⁴²³ Rapp. Ass. Nat. N°572, t. I, par M. NOVELLI (H.) et Mme. VAUTRIN (C.).

⁴²⁴ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des Sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°576, p. 243.

⁴²⁵ Sur cette question : ITSIEMBOU MABIKA (N.-E.), *L'utilité du capital social : étude de droit français*, th. Paris, 2010, n°21, p. 25.

⁴²⁶ Art. 1 loi 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

⁴²⁷ Art. 35 loi 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁴²⁸ PIETRANCOSTA (A.), « Capital zéro ou zéro capital », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 131.

⁴²⁹ PIETRANCOSTA (A.), « Capital zéro ou zéro capital », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 131.

de le faire en fonction de son plan d'affaires »⁴³⁰. Ainsi le capital social devrait être perçu comme un outil nécessaire au lancement de l'activité économique et non comme une garantie des créanciers.

Le projet de loi précise d'ailleurs que « si l'exigence d'un capital social minimal avait initialement pour but de protéger les créanciers en apportant une garantie face aux engagements, celle-ci est, dans les faits, illusoire puisque le capital social est le plus souvent dépensé dans les premières semaines d'activités »⁴³¹.

On ne peut que constater, au fil des réformes du droit des sociétés, la perte de puissance du capital social dans sa fonction de gage des créanciers. Ce qui ébrèche la légitimité du mandataire judiciaire pour assurer l'appel de l'apport non libéré, de même que l'idée d'une participation de l'associé, aux fins de donner des garanties aux créanciers, s'en trouve contestable.

129. La perte de force du capital social comme gage des créanciers constatée par la doctrine. En droit positif, le même constat est fait par une partie de la doctrine qui démontre également que son utilisation comme sûreté doit être relativisée⁴³². À cette fin, le professeur Le Cannu précise qu'il existe des sociétés sans capital, exclusivement constituées par des apports en industrie, comme certaines sociétés civiles de moyens, sociétés en nom collectif⁴³³ ou sociétés mutuelles d'assurance⁴³⁴.

Le professeur Lucas souligne opportunément, qu'il ne faut pas oublier que l'apport est une dette de la société. En témoigne sa place en haut du passif du bilan. Difficile alors de considérer une dette de la société comme un gage des créanciers⁴³⁵. L'auteur précise que : « Si les tiers trouvent un motif de se rassurer, c'est dans le constat que les fonds apportés par les titulaires de titres de capital sont affectés de manière stable et durable au financement de la société émettrice »⁴³⁶. L'apport est aujourd'hui tout au plus un indice de la motivation de l'associé dans le projet d'entreprise.

On peut ajouter que certains associés peuvent ne pas apporter de capital, c'est le cas des salariés,

⁴³⁰ V. Projet de loi pour l'initiative économique : Rapp. Ass. Nat. N°572, t. I, par M. NOVELLI (H.) et Mme. VAUTRIN (C.)

⁴³¹ Projet de loi pour l'initiative économique.

⁴³² LE CANNU (P.), « Les rides du capital social », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital-social ?*, Dalloz, 2004, p. 5 ; RAYNAUD (B.), *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Les précis Joly, Lextenso, 3^{ème} éd., 2020, n°45, p. 37 ; LUCAS (F.-X.), « La distinction des titres de capital et des titres de créance », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 21, spéc. p. 24.

⁴³³ DIDIER (P.), *Droit commercial, t. 2, les entreprises en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 110.

⁴³⁴ LE CANNU (P.), « Les rides du capital social », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 3.

⁴³⁵ LUCAS (F.-X.), « La distinction des titres de capital et des titres de créance », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 21, spéc. p. 24.

⁴³⁶ *Ibid.*

en cas d'attribution gratuite d'actions⁴³⁷. Cette distribution permet aux salariés d'intégrer le capital de la société sans apporter de biens et donc de garanties pour les créanciers.

L'affaiblissement de cette fonction du capital social, s'explique encore par l'émergence d'autres moyens de financement, telles que les avances en compte courant. L'avantage du prêt à la société est qu'il permet au prêteur de bénéficier d'une garantie supplémentaire sur le paiement de sa créance, par rapport à l'apporteur de fonds propres, celui-ci est considéré comme un créancier hypochirographaire. Autrement dit, le prêteur aura sa créance sur la société remboursée en priorité sur l'apport des associés. D'une certaine façon, le financement par le compte courant permet de contourner l'effet principal de la notion du capital social comme gage des créanciers, en évitant la qualité hypochirographaire de l'associé.

Enfin et toujours contre l'idée d'un capital social, gage des créanciers, certains notent le manque de fiabilité de ce capital pour les créanciers. En effet, une mauvaise évaluation des apports en nature⁴³⁸ ou la présence d'apport non permanent⁴³⁹, amoindrissent le gage des créanciers.

Ainsi, la conception du capital social comme garantie des créanciers semble devoir être abandonnée, ou au moins relativisée. Il est plus prudent de garantir sa créance par des sûretés, plutôt que de se reposer sur le capital social⁴⁴⁰. La théorie du capital social gage des créanciers

⁴³⁷ Cette possibilité a été prévue par la loi n°80-834 du 24 octobre 1980 qui permet à une société uniquement par actions et *in bonis*, de distribuer 3% de son capital social : Art. 6, Loi n°80-834 du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales.

⁴³⁸ En pratique, les apporteurs ont « une tendance « naturelle » à surévaluer leurs apports », ce qui va induire en erreur les tiers (MERLE (P.), FAUCHON (A.)(Collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 22^{ème} éd. 2018-2019, n°41, p. 56). L'article L. 223-9 du Code de commerce impose seulement aux associés que « les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des futurs associés ou à défaut une décision en justice à la demande du futur associé le plus diligent ». L'objectif de ce texte est de protéger les créanciers d'une surévaluation. Dans les SA, cette formalité est renforcée par la présence d'un commissaire aux apports (C. Com. Art. L. 225-8). Pourtant, le législateur ne prévoit aucune procédure particulière pour évaluer les apports en nature. Les associés sont donc libres d'établir eux-mêmes la valeur du bien dans les statuts (V en ce sens MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°84, p. 48), ce qui peut fausser la véritable valeur du capital social.

⁴³⁹ Le professeur Le Nabasque cite deux exemples d'apport temporaires qui ont une valeur plus courte que la durée du contrat de société (LE NABASQUE (H.), « La fin de la connexion apports/capital ? », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 103). Parmi les apports temporaires que l'on peut retrouver, il y a l'apport en jouissance et l'apport en usufruit. L'auteur cite un jugement du tribunal administratif de Poitiers (Trib. Adm. Poitiers, 21 nov. 1996, RJF, 1/97, n°7). En l'espèce, l'associé majoritaire était titulaire de l'usufruit de titres pour une durée de dix ans. Il avait fait apporter l'usufruit de ses titres à la société afin de rassurer les créanciers de l'autre société dont il était associé. La société bénéficiaire doit amortir l'apport d'usufruit sur dix ans, car passé ce délai l'usufruit ne vaut comptablement plus rien. L'usufruit rejoint alors le titulaire de la nue-propriété des titres. Ainsi, alors que ces apports n'ont qu'une durée de vie limitée, ils apparaissent de façon permanente dans le capital social.

⁴⁴⁰ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Coll. Domat droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°210, p. 170.

est donc *dépassée*⁴⁴¹ et ne reflète plus les réalités juridiques et économiques actuelles⁴⁴². À défaut d'évolution de notre droit vers davantage d'exigence en matière du capital social⁴⁴³, la conception de celui-ci comme gage des créanciers a peu d'avenir. Ainsi la compétence dévolue au mandataire judiciaire pour mettre en demeure l'associé débiteur, repose sur une conception désuète du capital gage des créanciers.

130. La méconnaissance de cette conception de gage des créanciers par le droit des entreprises en difficulté. L'idée d'un capital social gage des créanciers ne semble pas davantage fondée en droit des entreprises en difficulté. Dans ce contexte de difficulté de l'entreprise, la déconnexion entre le capital social et les garanties qu'il peut offrir, est illustrée par la notion de cessation des paiements. Un débiteur est en cessation des paiements lorsqu'il est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible⁴⁴⁴. C'est cette situation de la trésorerie et non la dégradation des capitaux propres⁴⁴⁵ qui conditionne l'ouverture d'une procédure de redressement⁴⁴⁶ ou de liquidation judiciaire⁴⁴⁷.

131. Au même titre que le droit des sociétés, le droit des procédures collectives ne doit pas concevoir le capital social exclusivement comme un gage des créanciers. Il est donc permis de douter de la légitimité du mandataire, représentant des créanciers, comme organe compétent pour mettre en demeure les associés de libérer leurs apports. Il s'agit alors d'envisager une seconde conception du capital social et de l'apport, celle d'un outil au service

⁴⁴¹ BOUTE (G.-J.), *La responsabilité financière des associés*, th. Paris 2009, n°2, p. 10.

⁴⁴² Un constat similaire a pu également être fait en droit américain : PASQUIER (I.), *Les raisons de l'abandon du concept de capital, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes*, th. Paris I, 1990, p. 546.

⁴⁴³ Sur les perspectives d'évolution du capital social pour favoriser sa mission de gage des créanciers : ITSIEMBOU MABIKA (N.-E.), *L'utilité du capital social : étude de droit français*, th. Paris, 2010, n°24, p. 28.

⁴⁴⁴ C. Com. Art. L. 631-1.

⁴⁴⁵ Pourtant, instaurer la situation des capitaux propres comme élément d'ouverture des procédures collectives pourrait apporter une précision et une objectivité bienvenue, dont la notion de cessation des paiements est dépourvue. Ainsi, lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, une intervention du tribunal de commerce pourrait être déclenchée, au même titre qu'au cas de cessation des paiements. Cela aurait pour mérite d'ajouter une norme comptable, plus précise que la formule générale de cessation des paiements.

Néanmoins, l'évaluation des capitaux propres ne peut être connue qu'au terme d'un délai de plusieurs mois. L'insuffisance des capitaux propres comme seul déclencheur d'une procédure collective souffre donc de l'incapacité comptable à évaluer rapidement la situation de l'entité sociale, même si elle présente l'avantage de la précision. Outre l'avantage d'ajouter la norme comptable comme critère d'ouverture, la pratique a démontré que l'insolvabilité de l'entreprise précède souvent celui de la cessation des paiements (ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, n°6, 1 nov. 2015, p. 432). Cette pratique ne serait pas inédite, puisqu'elle existe déjà chez nos voisins, comme dans le droit anglo-saxon ou allemand (V. Les textes cités dans : ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 1 nov. 2015, n°6, p. 432). Substituée ou plus opportunément alliée à la notion actuelle de cessation des paiements, l'insuffisance des capitaux propres pourrait amener les tribunaux de commerce à connaître, dans certaines situations, plus rapidement les difficultés des entreprises.

⁴⁴⁶ C. Com. Art. L. 631-1.

⁴⁴⁷ C. Com. Art. L. 640-1.

de la relance et du développement de l'entreprise. Cette conception est plus motivante pour l'associé apporteur de capital, elle est de plus en accord avec la notion d'obligation de secours à la charge de l'associé. L'apport est ici vu comme un facteur indispensable au redressement de l'entreprise. On peut alors envisager l'action des organes dirigeants et de l'administrateur judiciaire, en tant que représentants des intérêts de l'entité sociale.

B) La nécessité d'une compétence fondée sur l'intérêt de l'entreprise

132. En droit des sociétés, la compétence de l'appel de l'apport non versé appartient aux organes dirigeants. En droit des procédures collectives, la compétence du mandataire judiciaire est affirmée par l'alinéa 2 de l'article L. 622-20 du Code de commerce. Doit-on pour autant considérer qu'elle évince la compétence des organes dirigeants représentant l'entreprise **(1)** ? En effet, l'intérêt de la libération de l'apport souscrit permet aussi la restructuration financière de la société et ainsi son sauvetage. De ce point de vue, l'administrateur judiciaire pourrait aussi intervenir afin de rappeler aux associés leurs obligations dans l'intérêt de l'entreprise **(2)**.

1 - La préconisation d'une compétence partagée avec les organes dirigeants

133. L'associé qui se doit de contribuer au sauvetage de l'entreprise devrait être appelé à libérer la fraction de son apport non libéré par le représentant de la société. C'est le fondement qui avait été retenu par les juges dans un arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995 **(a)**. Pourtant, l'ordonnance du 12 mars 2014 est en rupture avec cette jurisprudence semblant écarter l'intervention des organes dirigeants au profit du mandataire **(b)**.

a - Une attribution légitime au regard de la jurisprudence

134. Avant l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 et l'alinéa 2 de l'article L. 622-20 du Code de commerce, aucun texte ne venait traiter de la compétence de l'appel du non-versé. La jurisprudence a donc dû se prononcer sur l'organe compétent, ainsi que sur le fondement de sa compétence. Finalement, cette compétence fut reconnue aux représentants

de la société, cela en contradiction avec l'ordonnance du 12 mars 2014 qui a attribué cette compétence au représentant des créanciers.

135. L'éviction de l'action directe. En l'absence de précision, la jurisprudence et la doctrine ont recherché le fondement de cet appel de l'apport non libéré.

Un premier fondement a été trouvé dans l'action directe des créanciers sociaux⁴⁴⁸. Cette théorie a d'abord permis aux juges de justifier ainsi l'action du représentant des créanciers contre les associés n'ayant pas libéré intégralement leurs apports⁴⁴⁹. Elle fut d'abord évoquée pour reconnaître l'action du syndic, représentant la masse des créanciers, contre les actionnaires dans le cadre d'une société en commandite⁴⁵⁰ puis pour ceux d'une société anonyme⁴⁵¹. Sévèrement critiqué⁴⁵², ce fondement n'a plus lieu d'être, dans la mesure où la loi du 25 janvier 1985 a supprimé la masse des créanciers.

136. L'éviction prétorienne de l'article 160 de la loi du 25 janvier 1985. La masse des créanciers ayant été supprimée, les juges se sont alors basés sur l'article 160 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 qui disposait que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues* »⁴⁵³. Selon ce texte, lors d'une procédure de liquidation judiciaire, les créances non échues sur la société devenaient exigibles dès le jugement d'ouverture, les juges ont alors supposé que ce texte était aussi applicable aux créances de la société. Il leur était ainsi permis de justifier l'action des organes judiciaires et dirigeants en raison de l'exigibilité qu'entraînait ce texte sur l'apport. Cependant, l'application du texte aux créances de la société fut écartée par un arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995⁴⁵⁴.

⁴⁴⁸ V. DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°328.

⁴⁴⁹ Cass. Req., 4 janv. 1887, DP 87. 124 ; 15 juin 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.2.488 : référence citée par : DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°328.

⁴⁵⁰ Req. 30 juill. 1851, *D.*, 1852, I, p. 22. Dans le même sens : Cass. civ., 4 janv. 1887, *D.*, 1887, I, p. 124 ; Req., 8 août 1876, *D.*, 1878, 1, p. 131 ; CA Poitiers, 30 janv. 1867 : *D.*, 1867, 2, p. 142 ; CA Grenoble, 19 janv. 1854, *D.*, 1855, 2, p. 291.

⁴⁵¹ CA Paris, 25^{ème} ch., 6 mars 2001, n°2000/14763, *Morais-Lopez et autre c/ SCP Girard-Lévy*, ès-qual, *BJS*, 1 juill. 2001, n°7, p. 787, note DOM (J.-P.) ; Le professeur Dom explique que cette solution a été reprise d'arrêt ancien qui considérait que l'ouverture de la liquidation judiciaire entraînait l'exigibilité immédiate des créances de l'associé : il cite : CA Montpellier, 29 janvier 1969 : *RTD Com.*, 1970, p. 789, obs. HOUIN (R.) ; CA Paris, 9 août 1869, DP, 1870, 10 ; Cass. Req., 17 avril 1861, DP, 1861, 1, 254.

Cass. civ., 28 mars 1855 : *D.*, 1855, 1, p. 230. Dans le même sens : Cass. civ., 18 juin 1902, *D.*, 1902, 1, p. 385 ; Req., 25 oct. 1897, *D.*, 1898, 1, p. 297.

⁴⁵² V. COZIAN (M.), *L'action directe*, th. Dijon, 1968, p. 35.

⁴⁵³ CA Paris, 16 janv. 1992, *BJS*, 1992, p. 436, § 138 ; *RJDA*, 1992/8-9, p. 707, n° 869 ; *Rev. Proc. coll.*, 1993, p. 420, obs. DUREUIL (B.). V. Plus récemment CA Versailles, 8 juin 2000 : *RTD Com.*, 2000, p. 934, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) et p. 956, obs. CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.) ; V. DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°324.

⁴⁵⁴ Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995 : « *Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli la demande du liquidateur alors, selon le pourvoi, d'une part, que l'exigibilité des créances non échues résultant de la liquidation judiciaire d'un débiteur n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci et reste sans incidence sur la situation des propres débiteurs de celui-ci ; que les juges*

137. L'acceptation d'une compétence fondée sur le représentant de la société.

L'arrêt du 9 mai 1995 de la Cour de cassation fut capital, précisant que cette compétence de l'appel de l'apport non libéré reposait sur le représentant de la société. Selon cet arrêt : « *la société ayant été mise en liquidation judiciaire, le liquidateur, substitué aux organes légaux de celle-ci, était en droit d'exiger de certains souscripteurs qu'ils libèrent totalement leurs actions* »⁴⁵⁵. La compétence du liquidateur judiciaire reposerait donc sur sa mission de représentant de la société. Du fait qu'il se substitue aux organes dirigeants, le liquidateur était alors légitime à demander l'appel de l'apport non versé.

Avant l'ordonnance du 12 mars 2014, la compétence revenait donc à l'organe représentant la société. En sauvegarde et en redressement judiciaire, les organes dirigeants⁴⁵⁶, voire l'administrateur judiciaire⁴⁵⁷ en fonction des pouvoirs que lui avait attribué le juge, avaient compétence pour appeler l'apport non libéré. L'administrateur ne pouvant être compétent que s'il disposait seul de la mission d'assurer l'administration de l'entreprise. Madame Cerati Gauthier souligne que « *si on admet que l'appel du non-versé entre dans les droits et actions que le débiteur peut seul exercer sur son patrimoine, on doit en conclure que le gérant reste compétent même si le tribunal a offert les pouvoirs les plus étendus à l'administrateur judiciaire* »⁴⁵⁸. Donc, même en présence de l'administrateur, l'organe dirigeant était toujours habile à mettre en demeure les associés.

138. L'éviction prétorienne du représentant des créanciers comme titulaire de cette compétence.

L'attribution de la compétence de l'appel du non versé au mandataire s'inscrit donc en rupture avec cette jurisprudence. Cet arrêt précise que les organes

du fond, en admettant l'action du liquidateur fondée sur le fait que la liquidation judiciaire de la société entraînait l'exigibilité immédiate de la fraction encore non libérée du capital par des actionnaires, on donc violé l'article 160 de la loi du 25 janvier 1985 » : Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, n°988 : RJD A 10/95 n°1107 ; Defrénois 15 août 1995, n°15-16, p. 961, note LE CANNU (P.).

⁴⁵⁵ Cass. Com. 9 mai 1995, n°92-14.195, n°988, RJD A, 10/95, n°1107.

⁴⁵⁶ Si l'on se réfère au droit des sociétés, le pouvoir d'appeler l'apport non versé revient au conseil d'administration ou au directoire dans les sociétés anonymes (C. Com. Art. L. 225-3), aux gérants dans les sociétés à responsabilité limitée (C. Com. Art. L. 223-7) ou dans les sociétés en commandite par actions, aux dirigeants ou président suivant la rédaction des statuts pour les sociétés par actions simplifiées (LE NABASQUE (H.), « La flexibilité contractuelle dans la SAS », p. 75, in CONAC (P.-H.) (Dir.), URBAIN-PERLEANI (I.) (Dir.), *La société par actions simplifiée (SAS)*, D., 2016.). Cette origine légale de la compétence des organes sociaux se retrouve également à l'alinéa 5 de l'article 1843-3 du Code de commerce qui vise expressément les personnes susceptibles de procéder à l'appel du capital non libéré en cas de non libération dans le délai légal. Ainsi, la loi donne compétence « *d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité* ».

⁴⁵⁷ V. DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°328.

⁴⁵⁸ Note CERATI-GAUTHIER (A.), Cass. Com., 12 oct. 2004, n°02-16762 (n°1480 FS-P), Y. c/ X. *ès-qual. (cons. Rapp. Lardeonnaïs)*, BJS, janv. 2005, n°1, p. 27.

représentants la société sont compétents pour appeler à la libération de l'apport, ce qui supposait également l'éviction de la compétence du représentant des créanciers⁴⁵⁹.

L'attribution de cette compétence au mandataire judiciaire vient également en contradiction avec un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 28 juin 1995, qui avait justement écarté la compétence du mandataire. Comme l'a précisé la Cour de cassation dans l'arrêt du 9 mai 1995, la compétence de l'appel du non versé est censée revenir à l'organe dirigeant ou à l'organe qui s'y substitue⁴⁶⁰.

139. Il peut en effet paraître surprenant que le mandataire intervienne sur la libération de l'apport alors que la société n'est pas dissoute et que les associés ne doivent pas encore contribuer aux pertes, sauf à intervenir à titre conservatoire. L'intervention de l'organe dirigeant paraîtrait donc plus justifiée, même si cette solution n'a pas été retenue par le législateur.

b - Le dessaisissement regrettable des organes dirigeants d'appeler l'apport non versé

140. La compétence attribuée à l'organe judiciaire pour l'appel de l'apport non libéré est en cohérence avec l'autorité que suppose cette action. Toutefois, cette compétence attribuée au mandataire judiciaire pourrait être partagée avec les organes dirigeants sur le fondement de l'intérêt de cette mesure pour la société.

141. L'organe dirigeant dessaisi de la compétence de l'appel du non versé en procédure collective. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, la compétence de l'appel de l'apport non versé revient au mandataire judiciaire, selon l'alinéa 2 de l'article L. 622-20 du Code de commerce. Cependant, rien n'est précisé quant au maintien des compétences des organes dirigeants. Disposent-ils toujours de ce pouvoir lorsque la société est soumise à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ?

Selon une partie de la doctrine⁴⁶¹, la compétence des organes dirigeants en matière d'appel du

⁴⁵⁹ Note CALENDINI (J.-M.), Cass. Com., mai 1995, n°92-14195, *Tambour c/ Mizon ès -qual.*, BJS, 1 sept. 1995, n°9, p. 775.

⁴⁶⁰ CA Rennes, 28 juin 1995, *Rev. Proc. Coll.* 1998, p. 347, obs. SOINNE (B.) ; Sur le rejet de la compétence du mandataire judiciaire : Note CERATI-GAUTHIER (A.), Cass. Com., 12 oct. 2004, n°02-16762 (n°1480 FS-P), *Y. c/ X. ès-qual. (cons. Rapp. Lardeonnais)*, BJS, janv. 2005, n°1, p. 27.

⁴⁶¹ Il y a une neutralisation des pouvoirs du conseil d'administration ou directoire, ou des organes dirigeants, mais également des clauses des statuts pouvant fixer un délai de libération des apports. V. en ce sens : VALLANSAN (J.), *Prévention et traitement des difficultés des entreprises. Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. Présentation*, Juris. Cl., Fasc. 1705, 15 octobre 2014, n°94 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté », in dossier « *Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites* », *Dr. et patr.*, Juillet-août 2014, p. 69 et. Spéc p. 70 ; LUCAS (F.-X.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », BJS, juin 2014, n°6, p. 403.

non versé doit être écartée, dans la mesure où les dispositions du droit des sociétés et les règles statutaires sont évincées au profit des dispositions spéciales qui donnent compétence au mandataire judiciaire. Le professeur Monserie-Bon⁴⁶² précise que cette éviction des pouvoirs des dirigeants sociaux pour exiger la libération de l'apport non libéré vient remettre en cause une jurisprudence de la Cour de cassation qui avait préservé la compétence des organes dirigeants en dehors de la liquidation judiciaire⁴⁶³. Le professeur Le Corre rajoute également en commentaire de l'alinéa 2 de l'article L. 622-20 du Code de commerce que « *le fonctionnement démocratique des sociétés est ici perturbé par cette règle nouvelle, car le mandataire judiciaire remplace ici la décision des organes sociaux* »⁴⁶⁴.

À l'inverse, une autre partie de la doctrine affirme qu'en cas « *de sauvegarde ou de redressement judiciaire, les appels de fonds sont faits par le conseil d'administration, le directoire ou les gérants ou encore par l'administrateur judiciaire lorsque celui-ci est substitué aux dirigeants sociaux* »⁴⁶⁵. En ce sens également, le professeur Saintourens pense que : « *l'organe normalement chargé, selon le droit des sociétés, de procéder à l'appel de fonds doit pouvoir y procéder dans les hypothèses où il n'y a pas de restriction de pouvoir touchant la société faisant l'objet de la procédure collective. Les organes sociaux perdent juste le monopole qui leur est reconnu par les textes relatif à la forme de société concernée* »⁴⁶⁶. La légitimité de leur intervention trouverait son origine dans l'intérêt social ou dans la loi⁴⁶⁷. Les textes du droit des sociétés pourraient alors servir de fondement légal.

Toutefois, au vu de la précision des textes et de la force que nécessite une telle action, afin d'assurer l'exécution de l'associé débiteur, on peut considérer que l'absence de mention de l'organe dirigeant n'est pas un oubli du législateur, même si cette position est discutable. Cette solution peut toutefois être motivée par une faute du dirigeant, qui aurait dû appeler le non versé avant l'ouverture de la procédure collective. Son inaction entraînerait donc une perte de sa compétence de l'appel de l'apport non versé au profit de l'organe judiciaire.

⁴⁶² MONSERIE-BON (M.-H.), *Entreprise en difficulté : période d'observation*, Repert. Dr. Soc., Dalloz, octobre 2020, n°220.

⁴⁶³ LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté. Gestion et restructuration de la société », in ROUSSEL-GALLE (P.) (Dir.), *Entreprise en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012, n°324.

⁴⁶⁴ LE CORRE (P.-M.), « Premier regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014. 733.

⁴⁶⁵ CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.), *Sociétés commerciales*, Mémento pratique, Francis Lefebvre, éd. 2021, n°91.306, p. 1781.

⁴⁶⁶ SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°3.

⁴⁶⁷ DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n° 58.

142. La conformité d'une action des organes dirigeants aux enjeux du droit des procédures collectives. On peut cependant regretter ce dessaisissement à l'égard de l'organe dirigeant.

Leur compétence serait cohérente avec la solution retenue par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995 précité. Les organes dirigeants avaient en effet déjà cette compétence de l'appel du non versé lorsque la société n'était pas en liquidation judiciaire, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014⁴⁶⁸. Il ne serait donc pas injustifié d'instituer une compétence partagée avec le mandataire⁴⁶⁹.

Cette solution semble également plus juste. On conçoit mal de se priver d'une telle compétence partagée afin de s'assurer que le paiement de la dette d'apport sera bien effectué.

Par ailleurs, il semble difficile en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire de priver le dirigeant ou le gérant de ses compétences. Rappelons qu'en procédure de sauvegarde, le dirigeant conserve une grande partie de ses pouvoirs et qu'une restriction de ses prérogatives ferait échec à la volonté du législateur de rendre attractive cette procédure de sauvegarde.

Cette logique a d'ailleurs été suivie pour la procédure de reconstitution des capitaux propres en procédure collective⁴⁷⁰. Bien que l'administrateur en ait l'initiative, la convocation des assemblées, aux fins de reconstitution des capitaux propres, s'effectuent conformément aux dispositions du droit des sociétés⁴⁷¹. Les organes dirigeants demeurent ainsi compétents à agir, ce n'est qu'en cas de carence que l'administrateur procédera aux formalités nécessaires à la reconstitution des capitaux propres⁴⁷². Il y a donc un respect strict des pouvoirs des organes dirigeants, avec une intervention seulement subsidiaire de l'organe judiciaire.

Enfin, le maintien de la compétence des organes dirigeants doit être recherché dans la finalité de cette action. Le fait de rendre la dette exigible ne va pas servir uniquement au possible paiement des créanciers, sauf cas de liquidation judiciaire. L'exigibilité de la dette d'apport est également une condition du sauvetage de la société et constitue ainsi une participation de l'associé à cet objectif. C'est pourquoi le dirigeant qui représente les intérêts de l'entreprise serait légitime à demander l'exécution de l'apport non libéré.

⁴⁶⁸ MARTIN-SERF (A.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p. 31.

⁴⁶⁹ BESNARD GOUDET (R.), *Actions. – Dette du non-versé*, *Juris-Cl.*, Fasc. 1850, 21 févr. 2016, n°56 ; LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, juin 2014, n°6.

⁴⁷⁰ C. Com. Art. L. 626-3.

⁴⁷¹ C. Com. Art. R. 626-1.

⁴⁷² Cf. *Infra*. n°192.

143. En l'absence de texte, la compétence de l'organe dirigeant ne semble pour l'instant pas admise même si elle peut être vue comme légitime et bienvenue, tout comme le serait l'intervention de l'administrateur judiciaire.

2 - La préconisation d'une compétence partagée avec l'administrateur judiciaire

144. Il est indéniable que le capital social a une utilité pour les créanciers, par sa fonction de garantie. Outre cette fonction, il sert également d'outil de développement pour l'entreprise. Cette seconde conception du capital social pourrait laisser émerger l'hypothèse d'une compétence partagée, de l'appel de l'apport non versé de l'associé débiteur, avec l'administrateur judiciaire qui est le représentant de l'intérêt de l'entreprise. Son action serait alors plus en lien avec l'idée d'une obligation de secours de l'associé.

145. **La fonction du capital social comme outil de développement financier des sociétés.** Il a été démontré que la fonction du capital social comme gage des créanciers recule, devant la fonction d'outil au service de la relance et du développement financier des entreprises⁴⁷³. Le capital social est l'élément naturel du financement des entreprises sociétaires. Un niveau convenable des capitaux propres et du capital social permet de revaloriser l'image financière de la société et de donner confiance aux créanciers, favorisant la relance de l'activité⁴⁷⁴. La personne morale doit afficher une position financière attirante pour pouvoir contracter de nouveaux emprunts⁴⁷⁵.

Le professeur Le Cannu soulignait cet intérêt de la libération de l'apport pour le sauvetage de l'entreprise à propos de l'intérêt des sanctions pénales⁴⁷⁶ qui pouvaient être infligées à l'organe judiciaire s'il ne mettait pas en demeure les associés de libérer leurs apports : *« on peut soutenir, que cette infraction vise au premier chef à protéger les créanciers sociaux, dont le capital est le gage. Mais, en second lieu, cette infraction protège aussi l'ensemble des associés, en permettant à la société de jouir des fonds*

⁴⁷³ Sur le lien entre le capital et l'activité : PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. T. 402, L.G.D.J., 2003, p. 183, nos^o342 ; DANA-DEMARET (S.), *Le capital social*, th. 1989 Montpellier, T. 23, Litec, préface de REINHARD (Y.), p. 14 ; GORE (F.), « La notion de capital social », Études offertes à RODIERE (R.), 1981, p. 85.

⁴⁷⁴ MATOUT (J.-P.), « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées », in *Le contrat au secours de l'entreprise*, numéro spécial *RJ com.* du 1^{er} novembre 1999, p. 153 ; DANA-DEMARET (S.), *Le capital social*, th. Montpellier, T. 23, Litec, préface de REINHARD (Y.), 1989, nos^o18 et s.

⁴⁷⁵ MOULIN (J.-M.), *Le droit de l'ingénierie financière*, Gualino, Lextenso, 5^{ème} éd. 2015, p. 16.

⁴⁷⁶ Avant, si le liquidateur ne procédait pas à temps à l'appel de la fraction non-versée du capital, il pouvait être passible d'une sanction pénale, conformément à l'article L. 245-1 du Code de commerce Cet article a été abrogé par la loi du 16 mai 2001 : V. note LE CANNU (P.), sous Cass. Com., mai 1995, n^o92-14195, *Deffrénois*, 15 août 1995, n^o15-16, p. 961.

propres qui lui sont nécessaires pour réaliser le but assigné par la loi, à savoir le partage des bénéfices ou le profit d'une économie »⁴⁷⁷.

C'est donc dans l'optique d'une restructuration financière que la libération de l'apport doit être appréciée lorsque l'entreprise est en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. En effet, la libération de l'apport, facteur essentiel du financement des sociétés en difficulté, sera une base pour l'utilisation d'autres techniques sociétaires. L'augmentation de capital, la fusion ou encore la scission de la société ne peuvent être envisagées sans un capital social entièrement libéré. C'est pourquoi la libération intégrale du capital social est un objectif prioritaire, même sur le paiement des créanciers. La compétence du mandataire n'est donc pas entièrement légitime.

146. Pour une compétence partagée avec l'administrateur judiciaire. La libération de l'apport de l'associé va servir le plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise. C'est donc à l'organe représentant l'intérêt de l'entreprise que devrait échoir la compétence de l'appel de l'apport non libéré. L'administrateur judiciaire dont la mission est d'assurer la continuité de l'entreprise, lorsqu'il est substitué au débiteur⁴⁷⁸, aurait dû, semble-t-il, être également détenteur de cette compétence.

En procédure collective, l'administrateur judiciaire a pour mission d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion des biens d'autrui⁴⁷⁹. Il semble ainsi logique de lui attribuer la fonction de l'appel de l'apport du capital non libéré, dans la mesure où l'administrateur représente l'intérêt de l'entreprise en procédure collective.

D'ailleurs, l'administrateur disposait déjà de cette compétence avant l'entrée en vigueur des mesures de l'ordonnance du 12 mars 2014. Le juge pouvait ainsi charger l'administrateur judiciaire d'appeler le capital non versé, sur le fondement de l'article L. 631-12 du Code de commerce⁴⁸⁰. Selon les professeurs Le Cannu et Dondero, même en l'absence de l'attribution de ce pouvoir par le juge, il pouvait tout de même agir « *en invoquant le caractère conservatoire de l'acte (en admettant qu'il n'y ait pas d'échéancier)* »⁴⁸¹. L'exercice de l'appel du non versé par l'administrateur judiciaire serait donc également compatible avec ses missions.

Une compétence partagée entre l'administrateur et le mandataire ne serait pas inhabituelle en

⁴⁷⁷ Note LE CANNU (P.), sous Cass. Com., mai 1995, n°92-14195, *Defrénois* 15 août 1995, n°15-16, p. 961.

⁴⁷⁸ V. C. Com. Art. L. 621-22. Pour les missions du ou des administrateurs judiciaires fixées par le tribunal.

⁴⁷⁹ C. Com. Art. L. 811-1.

⁴⁸⁰ C. Com. Art. L. 631-12, al. 1 : « *Outre les pouvoirs qui leurs sont conférés par le présent titre, la mission du ou des administrateurs est fixée par le tribunal* ».

⁴⁸¹ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Coll. Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°665, p. 484.

procédure collective⁴⁸².

Pour exemple, la demande de report de la cessation de paiements peut être initiée par « l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public », afin de saisir le juge⁴⁸³. Cette compétence partagée se justifie justement par les différentes finalités de la procédure collective. Ce qui est le cas de la libération de l'apport qui sert à la fois l'intérêt de l'entreprise et ceux des créanciers.

Il est également notable que l'action partagée des organes de la procédure est admise en matière d'actes conservatoires. En effet, depuis la loi n°2012-346 du 12 mars 2012⁴⁸⁴, le législateur a développé la possibilité de prendre des mesures conservatoires⁴⁸⁵. Si la conservation de ces biens peut générer des frais ou que ces biens risquent de perdre de la valeur, alors il sera possible d'autoriser la cession forcée de ceux-ci. L'action à l'initiative du mandataire judiciaire, de l'administrateur ou du liquidateur, consistera à saisir le juge-commissaire qui se prononcera sur cette cession. À travers cette action, on remarque qu'il existe au sein du droit des entreprises en difficulté d'autres situations où le mandataire et l'administrateur partagent une compétence. De plus, l'appel de la libération de l'apport peut être vu comme une mesure conservatoire, ce qui pourrait fonder une compétence partagée entre le mandataire et l'administrateur.

Il convient alors de préciser que la suppression de cette compétence du mandataire judiciaire serait excessive. Le transfert de cette compétence à l'administrateur judiciaire, comme unique détenteur de ce pouvoir, reviendrait cette fois à nier la fonction du capital social comme gage des créanciers, qui bien que relative, reste toujours effective. Une compétence partagée entre les deux organes judiciaires paraît donc plus opportune.

De plus, envisager un transfert de compétence du mandataire vers l'administrateur poserait certaines difficultés, dans la mesure où la nomination d'un administrateur dépend du dépassement de certains seuils énumérés à l'article L. 621-4 du Code de commerce⁴⁸⁶. Un administrateur judiciaire peut être nommé en deçà de ces seuils, dès le jugement d'ouverture⁴⁸⁷ ou par un nouveau jugement lors de la période d'observation si cela s'avère nécessaire. Cette

⁴⁸² Pour des exemples de fonctions partagées des organes de la procédure : CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, th. Caen, T. 368, L.G.D.J., préface de LE BARS (T.), 2002, n°36, p. 24.

⁴⁸³ C. Com. Art. L. 631-8.

⁴⁸⁴ Loi n°2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet.

⁴⁸⁵ CAGNOLI (P.), *Entreprise en difficulté : procédure et organes*, Repert. Dr. Com., juin 2021, n°682.

⁴⁸⁶ Qui renvoie à l'article R. 621-11 du Code de commerce, soit lorsque l'entreprise comprend vingt salariés au moins ou trois millions d'euros de chiffre d'affaire. Applicable au redressement judiciaire par envoi de l'article L. 631-9 du Code de commerce.

⁴⁸⁷ V. Pour la procédure de sauvegarde : C. Com. Art. L. 621-4. Pour le redressement judiciaire : C. Com. Art. L. 631-9 qui renvoie à l'article L. 621-4. Enfin pour la liquidation judiciaire : C. Com. L. 641-10, al. 5.

éventuelle absence de l'administrateur peut expliquer l'attribution de cette compétence aux mandataires judiciaires, qui eux sont présents dans chaque procédure collective. Le législateur aurait donc opté pour un choix pratique plus que légitime. Néanmoins, il semble possible d'admettre que, en cas de nomination d'un administrateur judiciaire, celui-ci soit aussi compétent pour procéder à l'appel de l'apport non versé. La légitimité de son action résiderait dans l'intérêt de la libération du capital pour le sauvetage de l'entreprise et dans l'obligation de secours devant peser sur l'associé de la société en difficulté.

147. La situation sera différente dans le cadre de la liquidation judiciaire, où « *le redressement est manifestement impossible* »⁴⁸⁸. Lors de cette procédure, le liquidateur judiciaire sera alors l'unique détenteur de cette compétence de l'appel de l'apport non libéré.

§II - La compétence exclusive du liquidateur en liquidation judiciaire

148. Le redressement de l'entreprise est manifestement impossible lorsque la société est en procédure de liquidation judiciaire. La compétence exclusive du liquidateur judiciaire pour exiger la libération repose sur l'objectif assigné à la liquidation, à savoir l'apurement des pertes.

149. La compétence naturelle du liquidateur en liquidation judiciaire. En liquidation judiciaire, alors même que leurs titres n'ont plus aucune valeur, les associés peuvent être contraints de libérer leurs apports⁴⁸⁹. Les associés seront peu disposés à s'acquitter de leur obligation qui aura pour seul objectif de payer les créanciers.

Dans ce contexte, c'est naturellement au liquidateur qu'incombe la tâche de mettre en demeure le débiteur de l'apport⁴⁹⁰. Contrairement à la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire qui voient les pouvoirs du mandataire éventuellement partagés, notamment avec les contrôleurs, en liquidation judiciaire, le liquidateur disposera d'une compétence exclusive⁴⁹¹.

150. Les divers fondements attribués à l'action du liquidateur avant l'ordonnance du 12 mars 2014. Avant l'ordonnance du 12 mars 2014, l'attribution de cette

⁴⁸⁸ C. Com. Art. L. 640-1.

⁴⁸⁹ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°665, p. 484.

⁴⁹⁰ DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, mars 2014, dossier 20, n°2 ; LEGROS (J.-P.), « Société en liquidation », *Dr. Sociétés*, n°5, mai 2013, comm. 90 ; Pour un exemple jurisprudentiel : CA Rennes, 21 janvier 2014, n°43, n°12-04.628, *Madame Emmanuelle Leve épouse Idraoui c/ SELARL TCA* : Numéro JurisData 2014-001011.

⁴⁹¹ LAROCHE (M.), « Du pouvoir du liquidateur de mettre en œuvre l'obligation de contribuer aux pertes sociales », *BJS*, juill. 2018, n°7-8, p. 433.

compétence de l'appel du capital non libéré au liquidateur avait été affirmée par une jurisprudence constante⁴⁹², depuis un arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995⁴⁹³. Plusieurs fondements avaient alors été envisagés.

Avant même cet arrêt, la doctrine⁴⁹⁴ avait déjà pensé fonder la compétence du liquidateur⁴⁹⁵ par le dessaisissement des organes sociaux⁴⁹⁶. En effet, si l'organe dirigeant conserve une partie de ses fonctions, ce n'est que pour exercer les droits du débiteur.

La libération de l'apport correspond à un droit de la société, en tant que créancière des associés, la compétence de l'appel du non versé a donc naturellement été attribuée au liquidateur⁴⁹⁷. Cette compétence fait ainsi partie intégrante des devoirs juridiques du liquidateur⁴⁹⁸. La légitimité de cette attribution trouvait donc une justification dans la mission de représentation du débiteur incombant au liquidateur⁴⁹⁹.

Une autre partie de la doctrine⁵⁰⁰ justifiait son intervention par la défaillance et la dissolution de la société qui était consécutive au jugement de liquidation judiciaire, car de cette dissolution

⁴⁹² Sur l'action en paiement faite par le liquidateur : V. Cass. Com., 26 mai 1999, n°97-14.865, n°1076, *RJDA* 8-9/99 n°948 ; *LPA* 30 juin 1999, p. 8, obs. P. M. et 7 janv. 2000, p. 17, note COURTIER (J.-L.) ; *Act. Proc. Coll.*, 1999, n°148 ; Bull. Joly, 1999, p. 971, note SAINTOURENS (B.) ; Cass. Com., 15 juill. 1992, n°90-17.754, *Rev. Sociétés*, 1993, p. 103, note BARBIERI (J.-F.) ; *Dr. Sociétés*, 1992, comm. n°234, note LE NABASQUE (H.) ; *BJS*, 1992, p. 1184.

⁴⁹³ Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *Rev. Sociétés*, 1995. 753, note JEANTIN (M.) ; *BRDA* 1995, n°11, p. 5 ; *RJDA*, 10/95, n°1107 ; *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, note CALENDINI (J.-M.) ; *Deffrénois* 1995, p. 961, obs. LE CANNU (P.) ; *JCP éd. E*, I, 513, n°9, 816, obs. PETEL (P.).

⁴⁹⁴ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°126, p. 106 ; Note SORTAIS (J.-P.), sous Cass. Com., 18 juin 1973, *Rev. Sociétés*, 1973, p. 682 ; HOUIN (R.), obs. sous Cass. Com., 18 juin 1973, *RTD Com.*, p. 826.

⁴⁹⁵ Ce fondement fut celui retenu par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995 : Cass. Com. 9 mai 1995. n°92-14.195, *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *Rev. Sociétés*. 1995.753, note JEANTIN (M.) ; *RJDA*, n°988, 10/95, n°1107 ; *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, note CALENDINI (J.-M.) ; *JCP éd. E.*, 1995. I. 513, n°9, obs. LE CANNU (P.) ; *Deffrénois*, 15 août 1995, n°15-16, p. 961, note LE CANNU (P.).

V. également : Cass. Com., 26 mai 1999, n°97-14.865, n°1076 : *RJDA*, 8-9/99 n°948 ; *LPA*, 30 juin 1999, p. 8, obs. P. M. et 7 janv. 2000, p. 17, note COURTIER (J.-L.) ; Cass. Com., 17 juill. 2001, *commune du Carla-Bayle c/ M. Brenac et a.*, *LPA*, 08 mars 2002, n°49, p. 15, note CERATI-GAUTHIER (A.).

⁴⁹⁶ C. Com. Art. L. 641-9, I : « Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur ». Bien que « En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public », conformément à l'article L. 641-9, II ; En ce sens : DONDERO (B.), LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°601, p. 440.

⁴⁹⁷ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°665, p. 484.

⁴⁹⁸ Avant, le liquidateur pouvait être sanctionné pénalement s'il ne demandait pas à temps l'appel de la fraction non-versée du capital, conformément à l'article L. 245-1 du Code de commerce en raison d'un mouvement de dépenalisation, cet article a été abrogé par la loi du 16 mai 2001 : V. note LE CANNU (P.), sous Cass. Com., mai 1995, n°92-14195, *Deffrénois*, 15 août 1995, n°15-16, p. 961.

⁴⁹⁹ Voir en ce sens : Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, *RJDA*, 10/95, n°1107 ; Cass. Com., 26 mai 1999 n°97-14.865, *RJDA*, 8-9/99, n°948 ; Désormais il tire sa compétence de sa mission de représentant des créanciers.

⁵⁰⁰ SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, Litec, 2^{ème} éd. 1995, n°1981 ; V. également en ce sens : DEVEZE (J.), COURET (A.), HIRIGOYEN (G.), *Lamy droit du financement*, éd. 2015, n°1553, p. 15 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté », in dossier « Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites », *Dr. et. Patr.*, Juillet-août 2014, p. 69.

découlait l'obligation de contribuer aux pertes de l'associé⁵⁰¹. L'action du liquidateur trouvait donc un fondement dans sa mission de représentant des créanciers et dans la conception du capital en tant que gage des créanciers⁵⁰². Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 janvier 1992 a pu préciser que le liquidateur, qui sollicite l'apporteur défaillant, n'a pas à justifier de la nécessité de cette libération pour l'apurement du passif⁵⁰³.

Toutefois, cette solution est remise en cause par l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014⁵⁰⁴, qui a modifié l'article L. 1844-7, 7° du Code civil⁵⁰⁵. Désormais, la dissolution de la société est différée au jour de la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif⁵⁰⁶. Le liquidateur ne pourrait donc plus agir sur la contribution aux pertes des associés en raison de l'ouverture de la procédure collective⁵⁰⁷. Il devrait alors attendre que la liquidation de la société soit clôturée⁵⁰⁸.

⁵⁰¹ C'est également ce que suppose la jurisprudence, qui a récemment dû se prononcer sur la compétence du liquidateur. Il s'agissait de l'assignation d'un associé aux fins de remboursement de son avance en compte courant. La Cour de cassation a jugé que « le liquidateur judiciaire est recevable à agir, sur le fondement de l'article 1832 du Code civil, contre les associés (...) en fixation de leur contribution aux pertes sociales » : Cass. Com., 3 mai 2018, n°15-20.348, PBI, *Rev. Proc. Coll.*, 1 mai 2019, n°3, p. 50, note DUMONT (M.-P.) ; *Rev. Sociétés*, 1 avr. 2019, n°4, p. 271, note DECKERT (K.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1 mars 2019, n°2, p. 28, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 1 janv. 2019, n°1, p. 32, note LEGROS (J.-P.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1 nov. 2018, n°6, p. 33, note VALLANSAN (J.) ; *RD Rur.*, 1 nov. 2018, n°467, p. 34, note LEBEL (C.) ; *Dr. Sociétés*, 1 nov. 2018, n°11, p. 25, note HOVASSE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 9 oct. 2018, n°34, p. 73, note BERTHELOT (G.) ; *Gaz. Pal.*, 25 sept. 2018, n°32, p. 71, note BARILLON (C.) ; *JCP éd. E*, 2 août 2018, n°31, p. 23, note TEHRANI (A.) ; *JCP éd. E*, 2 août 2018, n°31, p. 22, note PETEL (P.) ; *RTD Com.*, 1 juill. 2018, n°2, p. 705, note LECOURT (A.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1 juill. 2018, n°4, p. 4, note PETIT (F.) ; *BJS*, juill. 2018, n°7-8, p. 433, note LAROCHE (M.) ; *RJDA*, 1 juill. 2018, n°7, p. 671 ; *JCP éd. E*, 28 juin, n°26, p. 22, note LEBEL (C.) ; *Rev. Sociétés*, 1 juin 2018, n°6, p. 414, note Roussel Galle (P.) ; *Lexbase hebdo-édition affaires*, 31 mai 2018, n°554, note SAINTOURENS (B.).

⁵⁰² En ce sens : Note LUCAS (F.-X.), *T. com. Paris*, 19 septembre 2000, *Dr. sociétés*, février 2001, comm. n°33.

⁵⁰³ CA Paris, 4^e ch. B, 16 janv. 1992, *Douieb et autre c/ Baugartner et autres*, *BJS*, 1992, p. 436 ; *RJDA* 1992, n°869.

⁵⁰⁴ Désormais le liquidateur ne pourra plus agir sur la contribution aux pertes des associés, mais sur sa faculté offerte par l'ordonnance du 12 mars 2014 de recouvrer le solde des apports souscrits non versé (C. Com. Art. L. 622-20, al. 2 et C. Com. Art. L. 624-20). V. en ce sens les notes de l'arrêt : Cass. Com., 27 sept. 2016, n°15-13.348, *BJS*, 31 déc. 2016, n°12, p. 699, note LUCAS (F.-X.) ; *LPA*, 25 janv. 2017, n°18, p. 15, note JULLIAN (N.) ; *JCP éd. N*, 24 févr. 2017, n°8, p. 47, note STORCK (J.-P.) ; V. également : DONDERO (B.), LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, p. 440, n°601.

⁵⁰⁵ L'article L. 1844-7 7° du Code civil prévoit qu'une société en liquidation judiciaire ne prend fin qu'à la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. V. sur la modification de cet article : TEBOUL (G.), « Droit des entreprises en difficulté : les nouveaux arrivages », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2017, n°12, p. 30 ;

V. aussi sur ce sujet mais avant l'ordonnance du 12 mars 2014 : CANTIN (H.), « La représentation d'une société en liquidation judiciaire », *Rev. Proc. Coll.*, 2008, p. 21, spéc. n°4 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Le dessaisissement et l'avènement des droits propres », *RLDA*, Mars 2005, p. 53 ; DIESBECQ (A.), « Réflexion sur la représentation d'une personne morale dissoute par l'effet d'un jugement prononçant sa liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale », *RJ com.*, 2002, p. 309 ; VALLANSAN (J.), « Liquidation judiciaire d'une société et représentation de la personne morale par ses dirigeants (à propos de Paris, 3^e ch. B., 24 mai 2002) », *BJS*, 2002, p. 1154, §247 ; DUREIL (B.), « La représentation des sociétés déclarées en liquidation judiciaire ou frappées d'un plan de cession totale », in *Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis*, in Mélanges en l'honneur de HONORAT (A.), éd. Frison-Roche, 2000, p. 99.

⁵⁰⁶ C. Com. Art. L. 1844-7, 7°.

⁵⁰⁷ En ce sens : LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, Collection droit fondamental, 3^{ème} éd. 2020, n°210, p. 207.

⁵⁰⁸ MENJUCQ (M.), « Contrat de société et droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 janv. 2019, n°1, p. 60 ; note LUCAS (F.-X.), sous Cass. Com., 27 sept. 2016, n°15-13.348, *JCP éd. E*, 2016, 1621 ; note BARILLON (C.), *BJS*, déc. 2016, n°115u8, p. 699.

151. La représentation des intérêts des créanciers comme fondement de la compétence de l'appel du non versé. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, la loi confie au liquidateur le pouvoir de mettre en demeure les associés n'ayant pas libéré l'intégralité de leurs apports, sur renvoi de l'article L. 641-4 du Code de commerce à l'article L. 622-20 du Code de commerce⁵⁰⁹. Le fondement de cette attribution de compétence au liquidateur aurait pour origine sa mission de recouvrement des créances de la société⁵¹⁰ et donc dans sa fonction de représentant des créanciers. L'organisation des textes et le renvoi de l'article L. 641-4 à l'article L. 622-20 du Code de commerce, invitent à penser que c'est parce que le liquidateur se substitue au mandataire judiciaire qu'il est compétent pour mettre en demeure les associés défaillants. En effet, l'article L. 641-4 alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que le liquidateur « *peut introduire ou poursuivre les actions qui relèvent de la compétence du mandataire judiciaire* ». Le liquidateur reprend ainsi les actions du mandataire pour la protection des créanciers. Cette conception paraît plus acceptable en liquidation judiciaire, dans la mesure où l'entreprise n'a plus aucune chance de redressement⁵¹¹. Le liquidateur, en tant que représentant des créanciers, assume donc logiquement le recouvrement de la créance de la société sur l'associé.

Ainsi, en procédure de sauvegarde ou de redressement, la compétence du mandataire peut être discutée, dès lors que l'article L. 624-20 du Code de commerce contraint les associés à la libération immédiate du capital sur le fondement d'un devoir de ceux-ci envers la société. En procédure de liquidation judiciaire, au contraire la compétence exclusive du liquidateur paraît être la seule solution au regard de l'impossibilité de sauvegarder l'entreprise. Il faut désormais déterminer l'étendue de la compétence des organes judiciaires.

152. Conclusion Section II. La compétence des organes de la procédure pour contraindre l'associé à libérer son apport est une manifestation de cette participation obligatoire de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Néanmoins, le fondement retenu pour attribuer cette compétence semble délié de l'idée d'une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Elle paraît bien plus en relation avec la conception selon laquelle le capital social est vu comme le gage des créanciers. Pourtant, il semble difficilement contestable que la libération de l'apport aura également des conséquences sur la survie de l'entreprise. Il serait alors plus cohérent de

⁵⁰⁹ Cet article prévoit expressément la compétence du mandataire à mettre en demeure les associés qui n'ont pas libéré leurs apports, lors d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. Cette compétence est ainsi reprise par le liquidateur dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

⁵¹⁰ CA Rennes, 3^e ch., 21 janv. 2014, n°12-04.628, *Leve Épse Idraoui c/ Selarl TCA* : JurisData n°2014-001011.

⁵¹¹ C. Com. Art. L. 640-1.

fonder cette compétence des organes de la procédure sur l'intérêt de l'entreprise, ce qui conforterait l'idée d'une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

Conclusion du chapitre I

154. S'il est difficile d'identifier une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, l'article L. 624-20 du Code de commerce implique, quant à lui, une première manifestation de ce principe. La participation financière de l'associé se traduit alors par l'exigibilité immédiate de l'apport dès le jugement d'ouverture.

155. Les modalités régissant la libération de l'apport en procédure collective impliquent financièrement l'associé dans le sauvetage de l'entreprise. L'étude démontre que l'associé présent avant le jugement d'ouverture sera plus impliqué par la loi que l'apporteur postérieur au jugement d'ouverture.

156. Pour le premier, souscrivant un apport avant le jugement d'ouverture, il convenait que le législateur donne des moyens au droit des entreprises en difficulté pour le recouvrement des créances d'apport de la société sur les associés. La logique libérale du droit des sociétés est pour partie responsable de ces trop nombreux apports non libérés. Il est logique que l'associé responsable de la gouvernance et du financement initial des sociétés soit l'objet de mesures de contraintes lorsqu'il se trouve défaillant alors que l'entreprise est en proie aux difficultés. L'associé qui est son premier débiteur devrait libérer sa dette d'apport dès la connaissance des difficultés de la société. C'est cette obligation qui est rappelée à l'article L. 624-20 du Code de commerce, qui dispose que l'associé doit à compter du jugement d'ouverture libérer la fraction du capital non encore libérée. Cette mesure dérogeant aux dispositions légales, voire statutaires le cas échéant, marque une fracture entre le droit des sociétés protecteur de l'associé et le droit des entreprises en difficulté prévoyant des mesures coercitives à son égard. L'exigibilité immédiate de la dette d'apport de l'associé est cependant en adéquation avec les exigences de rapidité et de financement de la société en difficulté. L'associé jusque-là relativement libre, s'agissant des modalités de la libération de son apport, se trouve contraint à libérer son apport dès l'ouverture de la procédure collective. C'est cette trajectoire qui manifeste la volonté du droit des procédures collectives d'impliquer cet associé dans le sauvetage de l'entreprise. Si l'associé semble pouvoir agir dans son unique intérêt lorsque l'entreprise est *in bonis*, il en va différemment lorsque l'entreprise est en cessation des paiements, le destin de la personne morale étant alors plus étroitement lié au comportement de l'associé.

157. L'associé souscrivant un apport après le jugement d'ouverture bénéficie d'une certaine souplesse dans les modalités de la libération de son apport, au contraire de l'auteur d'apport postérieur au jugement d'ouverture. Cette différence de traitement atteste de cette volonté du législateur d'impliquer financièrement l'associé dont la dette est antérieure au jugement d'ouverture. Malgré le besoin urgent de financement, cet échelonnement de la dette d'apport postérieure au jugement rend plus attractive la reprise de l'entreprise. Il paraît cohérent et en adéquation avec les nécessités du sauvetage de l'entreprise, de distinguer la situation de l'associé entrant en période d'observation de celle de l'associé présent avant l'ouverture de la procédure collective.

158. L'exigibilité immédiate de l'apport non libéré en procédure collective confirme donc la volonté du législateur d'impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise. Pourtant, c'est au mandataire que le législateur a choisi de confier le recouvrement de l'apport non libéré, ce qui pourrait laisser supposer que cette exigibilité anticipée a été conçue dans l'intérêt des créanciers. Une telle vision du capital social comme gage des créanciers paraît désuète. L'attribution de cette compétence à l'administrateur judiciaire, qui est le représentant les intérêts de l'entreprise, aurait assis l'idée d'une participation financière de l'associé servant le sauvetage de l'entreprise. Le lien entre l'associé et l'entreprise aurait alors pu être caractérisé, là ou en l'état actuel il ne semble pas assumé par le législateur. Cette compétence exclusive du mandataire, dont il peut être regretté qu'elle ne soit pas partagée avec l'administrateur, semble d'autant plus étrange qu'antérieurement à l'ordonnance du 12 mars 2014, l'administrateur judiciaire détenait également cette compétence, laquelle avait été confirmée par la jurisprudence.

CHAPITRE II

La participation de l'associé par la reconstitution des capitaux propres

159. Le capital social est un indice de la solvabilité de l'entreprise⁵¹². Les entreprises bancaires⁵¹³ et de transporteurs routiers⁵¹⁴ sont soumises à des seuils en deçà desquels elles ne peuvent poursuivre leurs activités⁵¹⁵. Peu importe que l'entreprise soit en difficulté ou non, les capitaux propres ne doivent pas descendre au-dessous de ces minimas légaux. Les capitaux propres⁵¹⁶ caractérisent une réalité et donnent « *la mesure de la santé financière de la société* »⁵¹⁷. Lorsqu'ils sont élevés, ils affichent une période de prospérité de la société et la sagesse des associés qui ont renoncé aux dividendes ou les ont cantonnés à un niveau raisonnable. Lorsque ces mêmes capitaux propres sont insuffisants, ils marquent un cumul de résultats insuffisants ou de distributions de dividendes négligeant les besoins de la société, pouvant éventuellement dégrader le capital social⁵¹⁸. Ainsi, lors d'une procédure collective, le juge prendra en compte cet indicateur pour apprécier les chances de survie de la société en difficulté⁵¹⁹.

⁵¹² LE CANNU (P.), « Les rides du capital social », in COURET (A.) (Dir.), LE NABASQUE (H.) (Dir.), *Quel avenir pour le capital-social ?*, Dalloz, 2004, n°11, p. 6.

⁵¹³ Règl. (UE) n°575/2013 du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n°648/2012.

⁵¹⁴ Arrêté du 3 févr. 2012 relatif à la capacité financière requise pour les entreprises de transport public routier, art. 4.

⁵¹⁵ THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan 2018, p. 101.

⁵¹⁶ L'article L. 123-13 du Code de commerce énonce la composition d'un bilan, dont parmi ses éléments constitutifs, figurent notamment les capitaux propres. Pour des définitions sur les fonds propres. V. en ce sens BALI (M.), « Le renforcement des fonds propres des entreprises françaises », *LPA*, 24 février 2009, n°39, p. 8.

⁵¹⁷ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°587, p. 248.

⁵¹⁸ Rappelons que cette situation est interdite pour les sociétés à responsabilité limitée et pour les sociétés par actions.

⁵¹⁹ L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 septembre 1996 énonce que : « *Même si la reconstitution des fonds propres n'est pas une condition nécessaire pour l'admission d'un plan de continuation, le montant des capitaux permanents constitue cependant un indicateur financier intéressant pour apprécier les possibilités de redressement durable de l'entreprise* ». V. CA Paris, 3^e ch., 13 sept. 1996 : JurisData n°1996-022306 ; *Rev. Proc. Coll.*, 1998, p. 263, n°10, obs. SOINNE (B.).

160. En droit des sociétés, les associés peuvent se trouver contraints de contribuer aux pertes⁵²⁰ et de reconstituer les capitaux propres lorsqu'ils deviennent inférieurs à la moitié du capital social⁵²¹.

161. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, les associés peuvent aussi être contraints à la reconstitution des capitaux propres lors d'une procédure de sauvegarde⁵²² ou de redressement judiciaire⁵²³. L'introduction de ce dispositif s'explique par la volonté du législateur d'impliquer les associés dans le financement et le sauvetage de l'entreprise en difficulté⁵²⁴. La consécration d'une obligation de secours des associés à l'égard de la société devra être vérifiée par l'étude des modalités (**Section. I**) et du régime (**Section. II**) de ce dispositif de reconstitution des capitaux propres.

⁵²⁰ C. Civ. Art. 1832, al. 3.

⁵²¹ C. Com. Art. L. 225-248 et L. 223-42. Ces articles interdisent aux sociétés par actions et aux sociétés à responsabilité limitée d'avoir des capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social. En ce sens, une société mère associée, comme une personne physique, sera tenue de reconstituer les capitaux propres de sa filiale, si les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social : LUCAS (F.-X.), « Les filiales en difficulté », *LPA*, 4 mai 2001, n°89, p. 66.

⁵²² L'article L. 626-3, al. 2 du Code de commerce dispose que : « *Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux propres à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social* » ; Voir sur cet article : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1021, p. 683 ; LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115.21, p. 431.

⁵²³ L'article L. 631-9-1 du Code de commerce dispose que : « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital à hauteur du minimum prévu au même article, 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 respecter le plan* ».

⁵²⁴ DI MARTINO (M.), « Fonds propres et quasi-fonds propres ou concept de surface financière élargie », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, Novembre 2015, prat 3 ; Sur la possibilité d'une conversion de créance en capital : BRUNET (A.), GHOZI (A.), « Société en difficulté : La transformation des créances en participation au capital », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (M.)*, LexisNexis, L.G.D.J., 2015, p. 165 à 180.

SECTION I

La reconstitution des capitaux propres conditionnée par la possibilité d'un sauvetage de l'entreprise

162. Il convient de préciser que ce dispositif de reconstitution des capitaux propres est applicable en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. Pour la procédure de sauvegarde, l'alinéa 2 de l'article L. 626-3 du Code de commerce dispose que : « *Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux propres à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social* »⁵²⁵. Tandis que l'article L. 631-9-1 du Code de commerce⁵²⁶, applicable en procédure de redressement judiciaire sous condition de l'entrée d'un tiers, y fait renvoi⁵²⁷. Les modalités de ce dispositif seront donc les mêmes, selon que l'on est en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. La seule différence entre ces deux procédures est à rechercher dans le vote de la reconstitution des capitaux propres, dont l'étude sera menée ultérieurement.

163. La reconstitution des capitaux propres, en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, suppose un effort supplémentaire des associés. Cette opération doit donc être justifiée par le sauvetage de l'entreprise (§I), même si son incidence reste relative (§II).

⁵²⁵ C. Com. Art. L. 626-3 : « *Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux propres à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social* ». Voir sur cet article : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, 12^{ème} éd. 2020, L.G.D.J., n°1021, p. 683 ; LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115.21, p. 431.

⁵²⁶ « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital à hauteur du minimum prévu au même article, 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 respecter le plan.* » : C. Com. Art. L. 631-9-1.

⁵²⁷ Il renvoi à l'article L. 626-3 du Code de commerce pour les modalités.

§I - L'étude des modalités de la reconstitution des capitaux propres

164. Ce dispositif de reconstitution des capitaux propres présente un intérêt certain pour le sauvetage de l'entreprise. Afin d'assurer cette finalité, le droit des procédures collectives écarte la décision d'une dissolution anticipée de la société contrairement au droit des sociétés (A). Comme pour la libération de l'apport, il faudra démontrer que l'insertion de ce dispositif de reconstitution des capitaux propres⁵²⁸ sert en priorité le rétablissement de l'entreprise, avant les intérêts des créanciers. Cette idée ressort, d'une part, du domaine d'application de l'article L. 626-3 du Code de commerce et d'autre part, du double intérêt de cette mesure pour le financement de la société et pour l'entrée d'un tiers (B).

A) L'éviction des dispositions du droit des sociétés pour le sauvetage de l'entreprise

165. L'obligation de secours de l'associé suppose que celui-ci n'ait pas la possibilité de mettre en péril la société notamment en votant la dissolution anticipée de la société.

166. La neutralisation des articles du droit des sociétés. En droit des sociétés, la perte de plus de la moitié du capital social constitue une cause de dissolution de la société⁵²⁹ sauf réduction ou reconstitution des capitaux propres, conformément aux articles L. 223-43 et L. 225-248 du Code de commerce.

L'alinéa 5 des articles L. 223-42 et L. 225-248 du Code de commerce dispose que lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social : « *Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux sociétés en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou qui bénéficient d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire* »⁵³⁰. Les textes du droit des sociétés sur l'obligation de reconstitution des capitaux propres de l'associé sont donc inapplicables en

⁵²⁸ C. Com. Art. L. 626-3.

⁵²⁹ Lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, l'article L. 223-42 du Code de Commerce impose aux associés de décider dans les quatre mois suivant l'approbation des comptes, de la dissolution ou non de la société. Ces dispositions sont écartées en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2021-2022, n°511-231, p. 1366 ; GERMAIN (M.), PERIN (P.-L.), LAGARDE (P.-Y.), « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL, actes et pratiques et ingénierie sociétaire », in dossier « *Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL* », LexisNexis Juris-Class, Mars-avril 2013, Actes Pratiques et ingénierie sociétaire, n°129, Mai-juin, p. 5. La décision de la dissolution anticipée de la société mettra fin à la société conformément à l'article 1844-7, 1^o du Code civil.

⁵³⁰ Cette disposition étant écartée en procédure collective : Cass. Crim., 27 avr. 1987, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, n°3, p. 314, obs. SOINNE (B.). V. également le rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de de l'administration générale de la république, sur le projet de loi (n°3204), adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle par M. Jean Michel Clément et M. Jean Yves LE BOUILLONNEC, Chap. III. §II, B, 2, e.

procédure collective⁵³¹, sauf si l'administrateur envisage de proposer un plan de continuation⁵³². Cette éviction des textes du droit des sociétés a notamment été confirmée par la Cour de cassation⁵³³.

167. Le rejet d'une action en dissolution. La volonté du législateur d'écarter les articles L. 223-42 et L. 225-48 du Code de commerce justifie le rejet par les juges d'une action en dissolution par les associés d'une société soumise à un plan de continuation⁵³⁴. Le gouvernement a remarqué que cette solution de dissolution de la société n'était pas appropriée aux objectifs de la sauvegarde, de plus elle ne répondait pas à la demande des dirigeants de se placer sous la protection du tribunal⁵³⁵.

Les articles L. 626-3 et L. 631-19-1 du Code de commerce, applicables respectivement en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, ne reprennent pas la formulation du droit des sociétés et des articles L. 223-42 et L. 225-248 du Code de commerce. Ces derniers prévoient que les associés doivent décider s'il y a lieu d'opter pour la dissolution anticipée de la société⁵³⁶, contrairement aux dispositions du droit des entreprises en difficulté. On notera également que le droit des procédures collectives règle le problème par une même formulation pour toutes les sociétés⁵³⁷, sans distinction de forme.

168. Une atteinte à la liberté contractuelle. Il convient de s'interroger sur cette impossibilité d'action en dissolution de la société pour les associés. La société a été fondée par

⁵³¹ Voir en ce sens : LUCAS (F.-X.), « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, mars 2014 n°2, p. 111 ; GERMAIN (M.), PERIN (P.-L.), LAGARDE (P.-Y.), « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL », in dossier « *Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL* », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, LexisNexis Juris-Class, n°129, Mai-juin 2013, p. 5 ; DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n° 98 ; THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan 2018, p. 102.

⁵³² Cass. Crim., 27 avr. 1987, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, n°3, p. 314, obs. SOINNE (B.) ; V. également : THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan 2018, p. 105, n°9.

⁵³³ Cass. com., 6 mars 1990, n°88-11.500, Bull. civ., IV, n° 65 ; *D.*, 1990, jur., p. 218, note DERRIDA (F.) ; *JCP éd. G* 1990, II, 21513, note BOLARD (G.) ; *Rev. Proc. coll.*, 1991, p. 292, obs. SOINNE (B.) ; Cass. Crim., 27 avril 1987, *Rev. Proc. coll.*, 1988, p. 314, obs. SOINNE (B.).

⁵³⁴ CA. Paris, 4 février 2000, RD banc. Fin., 2000. 230, note LUCAS (F.-X.).

⁵³⁵ V. Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi (n°3204), adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXIème siècle par M. Jean Michel Clément et M. Jean Yves Le Bouillonnet, Chap. III. §II, B, 3, a.

⁵³⁶ C. Com. art. L. 225-248 : « Si du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou le directoire sont tenus [...] de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société ».

⁵³⁷ C. Com. Art. L. 626-3, al. 2.

les associés dans le cadre d'un contrat⁵³⁸. L'impossibilité pour les associés de voter la dissolution de la société semble porter atteinte au contrat de société et à la liberté contractuelle.

Le contrat de société est créé par l'accord de volonté des associés fondateurs, mais l'institution d'une personne morale issue de ce contrat fait naître pour l'associé des devoirs qui n'étaient pas prévus au contrat. Parmi ces devoirs, celui de participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté peut justifier une remise en cause de la liberté contractuelle des associés et notamment leur droit de résiliation unilatérale du contrat.

La jurisprudence a pourtant consacré le principe de la prohibition des engagements perpétuels, ce qui permet aux parties de résilier de façon unilatérale un contrat à durée indéterminée, sous réserve d'avoir laissé courir un délai de préavis raisonnable. Ce principe a récemment été consacré par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations⁵³⁹. En ce sens, l'article L. 1211 du Code civil dispose que « *lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». L'impossibilité pour les associés de voter la dissolution du contrat de société va donc à l'encontre des dispositions du droit des contrats et du contrat de société. Elle semble toutefois adaptée aux objectifs du droit des procédures collectives et à leur mission de sauvetage de l'entreprise.

Le droit des entreprises en difficulté porte donc atteinte au contrat de société et à la liberté des associés de dissoudre la société, afin de favoriser le rétablissement de l'entreprise. Ainsi, l'une des frontières entre la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle⁵⁴⁰ de la société se situerait à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société. Plus les difficultés de l'entreprise et l'implication de tiers dans ces difficultés seront importantes plus la théorie institutionnelle devra être mise en avant.

169. Une fois de plus, le droit des procédures collectives déroge aux dispositions du droit des sociétés. La reconstitution des capitaux propres en procédure collective paraît gouvernée par la seule finalité du rétablissement de l'entreprise. Cette finalité se retrouve également dans les conditions d'application de la mesure.

⁵³⁸ C. Civ. Art. 1832, al. 1.

⁵³⁹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵⁴⁰ Sur ces deux théories. Cf. *Infra.* n°540.

B) L'incidence de l'obligation de contribuer aux pertes sur le sauvetage de l'entreprise

170. L'obligation pour l'associé de reconstituer les capitaux propres sert un premier objectif d'apurement des dettes. Néanmoins, cette reconstitution des capitaux propres présentera aussi un intérêt pour l'entreprise. Ce dispositif de reconstitution des capitaux propres est ainsi applicable aux associés de sociétés à responsabilité illimitée, alors même que ceux-ci ont une obligation aux dettes sociales (1). L'apurement des dettes par les associés sera également favorable à l'entrée d'un tiers. Cette mesure attentatoire au droit des associés n'est d'ailleurs envisageable que dans cette hypothèse (2).

1 - La reconstitution des capitaux propres applicable aux sociétés à responsabilité illimitée

171. L'obligation de reconstituer les capitaux propres s'applique uniquement à l'égard des associés des sociétés à responsabilité limitée, comme pour le droit des sociétés. Pourtant, il aurait été intéressant d'étendre cette obligation à toutes les sociétés subissant une procédure collective. Cette différence avec le droit des sociétés aurait pu s'expliquer par la finalité de sauvetage de la personne morale.

172. La neutralisation des articles du droit des sociétés. Dans le droit des sociétés, l'article correspondant à la reconstitution des capitaux propres varie selon la société à laquelle il s'applique. Il peut s'agir d'une société à responsabilité limitée⁵⁴¹, d'une société par action simplifiée, d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme⁵⁴². Les textes sont différents mais leur contenu est quasiment identique. Pour exemple, l'article L. 223-42 du Code de commerce dispose que « *Si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, les associés décident, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte s'il y a lieu à la dissolution anticipée de la société* ». Ainsi, en droit des sociétés, la reconstitution des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social ne s'impose que pour certaines sociétés et plus exactement qu'aux sociétés à responsabilité limitée.

⁵⁴¹ Voir ce sens GERMAIN (M.), PERIN (P.-L.), LAGARDE (P.-Y.), « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL », in dossier « *Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL* », LexisNexis Juris-Class, Actes Pratiques et ingénierie sociétaire, n°129, Mai juin 2013, p. 5.

⁵⁴² C. Com. Art. L. 225-248.

173. Le champ d'application incertain de la mesure. Qu'en est-il de l'article L. 626-3 du Code de commerce applicable en procédure sauvegarde et de redressement judiciaire ? La délimitation du domaine d'application de cet article permettra d'appréhender les associés qui sont tenus par cette participation financière lorsque l'entreprise est en difficulté.

Plusieurs incertitudes ont pu se poser sur les modalités de cette reconstitution des capitaux propres, notamment sur le domaine *rationae personae* de ce texte. L'alinéa 2 de l'article L. 626-3 du Code de commerce prévoit la consultation des *assemblées* lorsque les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social.

La mesure dispose en effet que c'est à « l'assemblée » de se prononcer sur la reconstitution des capitaux propres. L'assemblée étant définie comme une « réunion de personnes que groupe une communauté de fonctions ou d'intérêts, régulièrement convoquée et délibérant d'après des règles établies en vue de prendre certaines décisions ou d'accomplir une mission déterminée »⁵⁴³. Or, on retrouve cette notion d'assemblée pour les sociétés anonymes⁵⁴⁴, les sociétés à responsabilité limitée⁵⁴⁵ et les sociétés civiles⁵⁴⁶. Le professeur Thomas relève cependant que ce terme d'« assemblée » n'est jamais employé par le législateur pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite par actions⁵⁴⁷.

Une interprétation *stricto sensu* de l'article L. 626-3 du Code de commerce, laisserait supposer que le législateur entend étendre l'obligation de reconstitution des capitaux propres à toutes les sociétés, même civiles et non pas seulement aux sociétés par actions et à la société à responsabilité limitée. On peut supposer que le législateur a voulu faire prévaloir, en droit des entreprises en difficulté, une conception plus *générale*⁵⁴⁸ que celle édictée par les règles du droit des sociétés pour la reconstitution des fonds propres⁵⁴⁹. Il est alors permis d'envisager que les articles L. 626-3 et L. 631-9-1 du Code de commerce s'appliquent à toutes les sociétés⁵⁵⁰.

Pourtant, si l'on se réfère aux règles d'application de l'article L. 626-3 du Code de commerce, seules les sociétés commerciales et les groupements économiques semblent concernés par ce texte. Conformément à l'article R. 626-1 du Code de commerce, les assemblées mentionnées à

⁵⁴³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Association Capitant (H.), 13^{ème} éd. 2020., p. 87, V. *Assemblée*.

⁵⁴⁴ C. Com. Art. L. 225-96.

⁵⁴⁵ C. Com. Art. L. 223-1.

⁵⁴⁶ C. Civ. Art. 225-96.

⁵⁴⁷ THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 112.

⁵⁴⁸ LEGROS (J.-P.), *Sauvegarde, Redressement, liquidation judiciaire. - Sort de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°28.

⁵⁴⁹ Pour la société à responsabilité limitée et pour les sociétés par actions.

⁵⁵⁰ MONSERIE-BON (M.-H.), *Entreprise en difficulté : période d'observation*, Repert. Dr. Soc., Dalloz, oct. 2020, n°222.

l'article L. 626-3 du Code de commerce doivent être convoquées selon les modalités du Livre II du Code de commerce. Cet article dispose que « *Pour l'application de l'article L. 626-3, les assemblées sont convoquées conformément aux dispositions du Livre II, sous réserve des dispositions de la présente section* ». Or le Livre II du Code de commerce est consacré aux sociétés commerciales et aux groupements économiques. Cette disposition apporte une précision importante puisqu'elle semble supposer que l'article L. 626-3 du Code de commerce est applicable uniquement à ces seules entreprises. Ce qui exclurait du champ d'application du texte les sociétés civiles et les associations. Sauf à considérer que les dispositions Livre II du Code de commerce sur les modalités de convocation des assemblées soient applicables aux sociétés civiles et aux associations. Ce qui serait très étrange. Le terme générique d'assemblée, employé dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article L. 626-3 du Code de commerce, pourrait tout simplement renvoyer aux diverses assemblées mentionnées dans l'alinéa 1 de l'article L. 626-3 du Code de commerce. Lequel mentionne l'assemblée générale extraordinaire, l'assemblée des associés et les assemblées spéciales propres aux sociétés commerciales. L'hypothèse d'une reconstitution des capitaux propres imposés uniquement aux entreprises paraît donc plus cohérente au regard des textes.

174. Une application générale motivée par le sauvetage de l'entreprise.

Plusieurs arguments peuvent expliquer cette application restrictive du dispositif de reconstitution des capitaux propres aux seules sociétés commerciales et aux groupements économiques. D'abord, sur la finalité de cette mesure, il paraît peu opportun d'obliger l'associé d'une société civile à reconstituer les capitaux propres alors qu'il a une obligation aux dettes sociales, si ce n'est pour sauver la société. Cette obligation peut paraître étrange pour les sociétés à responsabilité illimitée, dans la mesure où les capitaux propres ne constituent pas le seul gage des associés, ces derniers étant redevables, au-delà du capital, des dettes sociales⁵⁵¹. Cependant, il aurait été intéressant d'étendre ce dispositif à toutes les sociétés.

D'abord, dans le contexte du droit des entreprises en difficulté, l'objectif est le même pour toutes les sociétés. Les associés doivent reconstituer, voire augmenter leurs fonds propres pour envisager d'obtenir des crédits et espérer sauver leur société. La reconstitution des capitaux propres sert aussi le sauvetage de l'entreprise et non pas seulement à garantir le remboursement des créanciers. De ce point de vue, la reconstitution des capitaux propres dans les sociétés

⁵⁵¹ Mais les enjeux sont différents. La reconstitution des capitaux propres vient servir un objectif de reconstitution du capital, afin d'assurer la pérennité de l'entreprise et non pas dans un objectif d'assurer le paiement des créanciers par l'obligation aux dettes sociales.

civiles revêt un certain intérêt. On aurait donc un réel avantage à étendre l'obligation de reconstitution des capitaux propres à toutes les sociétés en droit des entreprises en difficulté. Ensuite, la reconstitution des capitaux propres imposée aux associés d'une société à responsabilité illimitée favorisera l'entrée d'un tiers investisseur. Peu importe la forme de la société, l'apurement des pertes de l'entité sociale par les associés sera nécessairement un atout pour le sauvetage de l'entreprise. Il n'y a donc pas de raison de limiter ce dispositif aux seules sociétés à responsabilité limitée, dans la mesure où le dispositif sert en priorité la reprise de l'entreprise⁵⁵².

Enfin, l'hypothèse d'une obligation faite aux associés d'une société civile de reconstituer les capitaux propres, qui ne serait appliquée que dans le contexte des procédures collectives, serait une manifestation supplémentaire d'un devoir de secours qui pèse sur l'associé de la société en difficulté.

175. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté se limite donc, pour la reconstitution des capitaux propres, aux sociétés à responsabilité limitée. Il aurait pourtant été intéressant d'étendre cette obligation aux associés de toutes les sociétés, contrairement au droit des sociétés. Cette reconstitution des capitaux propres ne sera réellement une contrainte pour l'associé, que dans le cadre de l'application de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce, qui pose en condition l'exigence de l'entrée d'un tiers.

2 - Les attraits de la reconstitution des capitaux propres pour l'entrée d'un tiers

176. La reconstitution des capitaux propres par les associés va permettre à l'entreprise en procédure collective d'obtenir de l'argent frais. Cette opération, soumise au vote des associés, pourra être entreprise en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

La contrainte exercée sur l'associé variera selon que l'entreprise se trouve en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. L'assemblée demeure libre d'adopter ou de refuser la reconstitution des capitaux propres lorsque l'entreprise est en procédure de sauvegarde. Par contre, lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou de plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan, alors la reconstitution des capitaux propres pourra être imposée aux associés (a). Cette reprise interne suscitera alors une concurrence bénéfique pour l'entreprise entre les associés et le nouveau souscripteur pour le

⁵⁵² Cf. *Infra*. n°176.

contrôle de la société (b).

a - La reprise interne comme condition à la reconstitution forcée des capitaux propres

177. La reconstitution des capitaux propres s'avère être une opération essentielle au sauvetage de l'entreprise. Néanmoins, cette reconstitution des capitaux propres restera soumise à la volonté des associés en procédure de sauvegarde. Ce n'est que lors d'une procédure de redressement judiciaire et à la condition que le projet de plan prévoit une modification du capital destinée à faire entrer une ou plusieurs personnes dans la société, que cette opération sera imposée aux associés.

178. **La reconstitution des capitaux propres, non conditionnée à une modification du capital social en procédure de sauvegarde.** En procédure de sauvegarde, l'alinéa 2 de l'article L. 626-3 du Code de commerce dispose que : « *Si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social* ». Le législateur précise également dans le même alinéa que 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* ». On remarque que le législateur a marqué une scission entre la reconstitution des capitaux propres et la modification du capital qui peut en découler. En effet, ce texte n'institue pas la modification du capital comme condition à la reconstitution des capitaux propres. Le législateur ayant précisé que l'assemblée « *peut* » et non « *doit* » être appelée afin de voter un coup d'accordéon ou une augmentation de capital destinée à faire entrer un tiers. La reprise interne de la société n'est donc pas une condition à la reconstitution des capitaux propres⁵⁵³.

Contrairement à ce que supposait une partie de la doctrine⁵⁵⁴ et de la jurisprudence⁵⁵⁵ avant l'entrée en vigueur de ce texte par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Selon eux, la reconstitution des capitaux propres devrait être imposée dans

⁵⁵³ LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2021-2022, n°511.231, p. 1366.

⁵⁵⁴ LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté. Gestion et restructuration de la société », in ROUSSEL-GALLE (P.) (Dir.), *Entreprise en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012, n°239, p. 104.

⁵⁵⁵ La Cour de cassation avait confirmé cette analyse de façon indirecte à l'occasion d'un problème de procédure : Cass. Com., 6 mars 1990, n°88-11.500 ; V. en ce sens, LE CANNU (P.), « Les plans concernant les sociétés », *LPA*, 16 juin 1993, n°10 ; CA Bordeaux, 2^e ch., 25 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994. 1345, obs. BARBIÉRI; *Rev. Proc. Coll.*, 1995, 407, n°8, obs. SOINNE (B.); CA Paris 13 sept. 1996, *Rev. Proc. Coll.*, 1998, 263, obs. SOINNE (B.) ; CA Paris, 4 févr. 2000, RD banc. Fin. 2000. Comm. 230, par LUCAS (F.-X.).

l'optique de l'entrée d'un tiers⁵⁵⁶, sinon cette reconstitution aurait eu peu d'intérêt pour le sauvetage de la société.

Finalement, le législateur a jugé plus utile de ne pas imposer en condition à la reconstitution des capitaux propres la condition d'une reprise interne. Cette solution est justifiable selon notre point de vue, car on concevrait mal l'idée de se priver d'argent frais, pour le seul motif qu'aucun tiers ne souhaite investir dans cette entreprise en difficulté. Par voie de conséquence, même si un tiers pose comme condition à son entrée la reconstitution préalable des capitaux propres, celle-ci ne pourra pas être imposée aux associés. Les associés demeurent libres de refinancer leur société et d'apurer les pertes. Ils disposent alors en procédure de sauvegarde d'un pouvoir non équivoque sur le sort de leur entreprise.

179. La reconstitution forcée des capitaux propres soumise à la condition d'une reprise interne en procédure de redressement judiciaire. Il pourra en être différemment dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire⁵⁵⁷. En effet, l'article L. 631-9-1 du Code de commerce dispose que : « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur 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 proposé par l'administrateur, 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 souveraineté de l'assemblée pourra alors être mise à mal par cette disposition, qui permet de forcer le consentement des associés à la reconstitution des capitaux propres et à l'entrée d'un tiers. Ce dispositif de reconstitution des capitaux propres forcée, entrerait donc, en procédure de redressement judiciaire, dans une dimension plus large de restructuration du capital, voire de reprise interne⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos^o536 et s., p. 391.

⁵⁵⁷ La reconstitution des capitaux propres était déjà une condition essentielle à une augmentation du capital social prévue en procédure de redressement judiciaire sous la loi du 25 janvier 1985 : V. MONSERIE-BON (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, th. Toulouse, coll. Bibl. Dr. E., Litec, préface de SAINT-ALARY-HOUIN (C.), 1994, n^o512 et s., p. 470 et s.

⁵⁵⁸ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd, 2020, n^o1193, p. 791 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, 1 mai 2014, p.178 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au "droit des sociétés en difficulté" », *Dr. et patr.*, Juill. 2014, p. 69 et s. ; LUCAS (F.-X.), « Le financement imposé à l'associé sous peine d'éviction », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, préface de PEROCHON (F.), LexisNexis, 2015, p. 93 ; SENECHAL (M.), « Le financement imposé à l'associé » in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, préface de PEROCHON (F.), LexisNexis, 2015, p. 111 ; BOURBOULOUX (H.), FORT (C.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, juill. 2016, n^o113, p. 287 ; LUCAS (F.-X.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS*, 1 juin 2014, 403.

Cette condition de modification du capital pour forcer la reconstitution des capitaux propres et permettre l'entrée d'un tiers dans le capital de la société paraît légitime. L'intérêt de cette disposition « réside dans la nécessité de surmonter l'opposition des associés qui n'assument pas leur obligation d'apurer les pertes de la société et bloquent notamment une reprise interne »⁵⁵⁹. La reconstitution des capitaux propres découle de l'obligation de contribuer aux pertes inhérentes à tous les associés selon l'article 1832 du Code civil⁵⁶⁰. Il faut toutefois préciser que l'objectif du texte ne sert pas uniquement l'apurement du passif, mais également la relance de l'activité. En effet, il est possible que l'obligation de contribuer aux pertes soit sous tendue par l'idée générale d'une « responsabilité » de l'associé à l'égard de la société, à laquelle il participe et envers laquelle il serait redevable d'une obligation de secours. La reconstitution des capitaux propres permet de favoriser l'entrée de nouveaux associés, dont les apports sont souvent nécessaires à la réussite du plan⁵⁶¹.

L'associé va donc être contraint de participer au sauvetage de l'entreprise en adoptant la reconstitution des capitaux propres, laquelle va servir les intérêts d'éventuels repreneurs. Cette manifestation du principe de participation de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise est dans cette hypothèse justifiée par le besoin d'argent frais de la société et la reprise interne de la société. Cette condition permet aussi de justifier la contrainte faite aux associés par la remise en cause de leur droit de vote. On rejoindra le législateur qui a établi un cadre strict à cette participation financière de l'associé, qui est conditionnée à la possibilité d'un sauvetage de l'entreprise, qui se manifeste ici par l'hypothèse d'une reprise interne. L'associé ne serait être contraint au sauvetage de l'entreprise sans la garantie d'une réelle chance de survie de l'entreprise.

180. Par voie de conséquence, la contrainte d'une obligation de secours de la société à l'encontre de l'associé dépendrait donc de deux conditions : la possibilité de sauver l'entreprise et l'entrée d'un tiers dans la société. Outre le fait que l'associé va devoir reconstituer les capitaux propres, il devra également apporter de nouveaux capitaux s'ils désirent conserver le contrôle de la société

⁵⁵⁹ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les associés », in MACORIG-VENIER (F.) (Dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, les presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 103.

⁵⁶⁰ En ce sens : THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 112.

⁵⁶¹ JACQUEMONT (A.), VABRES (R.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2019, n°725, p. 446.

b - Les conséquences de la reprise interne consécutive à la reconstitution forcée des capitaux propres sur le contrôle de la société

181. Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, l'article L. 631-9-1 du Code de commerce impose aux associés de reconstituer les capitaux propres afin de favoriser l'entrée d'un tiers. L'augmentation de capital, consécutive à la reconstitution des capitaux propres, présentera un risque pour les associés déjà présents, qui est la perte du contrôle de leur société. Afin d'éviter ce risque, diverses techniques pourront être utilisées.

182. Les différentes techniques de reconstitution des capitaux propres. On peut alors s'interroger sur le mode de recapitalisation. En l'absence de texte, la reconstitution semble pouvoir être faite par les mêmes moyens que lorsqu'elle est régie par le droit des sociétés. Deux procédés sont envisageables afin de reconstituer les capitaux propres : « *l'administrateur peut appeler l'assemblée, soit à reconstituer les capitaux à concurrence du montant qu'il propose et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social, soit à réduire le capital et l'augmenter, selon la technique du coup d'accordéon, en faveur d'une ou de plusieurs personnes s'engageant à exécuter le plan* »⁵⁶². En pratique, le *coup d'accordéon* sera privilégié par les associés, présentant l'avantage d'assainir les comptes de la société en déliquescence. Cette technique présente néanmoins de gros risques pour les associés lesquels pourraient être évincés par une réduction préalable du capital à zéro et en toute hypothèse dilués par l'augmentation de capital postérieure.

183. L'incidence de l'augmentation du capital sur le contrôle de la société. Cette lutte entre associés et investisseurs, pour obtenir le contrôle de la société, peut créer une émulation bénéfique pour le financement de l'entreprise. La principale difficulté de l'augmentation du capital pour les associés sera alors d'éviter une perte du contrôle de la société⁵⁶³.

Les associés existants pourront éviter cette dilution en participant à l'augmentation de capital, notamment en faisant jouer leur droit préférentiel de souscription. Conformément à l'alinéa 4 de l'article L. 626-3 du Code de commerce, ils pourront pour cela bénéficier de « *la compensation à concurrence du montant de leurs créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le projet de plan* ». Comme le souligne justement le professeur Saint-Alary-Houin : « *Cette admission de la compensation est fondamentale car elle permet aux associés d'origine de rester dans la société en difficulté*

⁵⁶² SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°943, p. 639 ; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2021-2022, n°511-231, p. 1366.

⁵⁶³ HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, th., L.G.D.J., préface de DIDIER (P.), 1981, nos°171 et 176, p. 137.

et d'accroître leur participation »⁵⁶⁴. Le droit des procédures collectives permet ainsi aux associés de souscrire à cette augmentation du capital et de conserver le contrôle de leur société en bénéficiant notamment de la compensation⁵⁶⁵. Cependant, le maintien de l'associé dans la société dépend d'une participation supplémentaire. Cette situation le contraint à financer l'entreprise en difficulté s'il souhaite maintenir son contrôle sur la société.

Néanmoins, l'intérêt de ce texte est d'obtenir des financements, notamment par l'entrée d'un tiers dans la société. L'apurement des pertes par les associés déjà présents dans la société pourra être bénéfique à ce nouvel investisseur. Les créanciers peuvent donc, au cours de la procédure de consultation, exprimer leur volonté de convertir leurs créances en titres de capital. Monsieur Lienhard considère d'ailleurs à propos de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce que « *le but de cette disposition est de favoriser la conversion de créances en actions, laquelle entraîne nécessairement un transfert de pouvoir à d'autres acteurs que les actionnaires d'origine* »⁵⁶⁶. Cette conversion de leurs créances pourra être avantageuse, dans la mesure où elle leur assurera un paiement immédiat de leurs créances et l'acquisition d'actions de la société leur permettant⁵⁶⁷, le cas échéant, de prendre le contrôle de celle-ci.

184. L'obligation de l'associé entrant d'exécuter le plan. Même dans le cas où le tiers prendra le contrôle de la société, il devra cependant se soumettre aux dispositions du plan arrêté par le juge.

Tous les engagements des associés sont subordonnés à l'acceptation du plan par le juge⁵⁶⁸. De la même manière, tout associé entrant dans le capital s'engage à exécuter le plan. L'article L. 626-3 du Code de commerce précise que 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* ». Cette condition est également rappelée à l'article L. 631-9-1 du Code de commerce qui rajoute comme seconde condition que « *le projet de plan doit prévoir une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan* ». Le professeur Lucas souligne le caractère superflu de cette précision dès lors que toute personne visée à l'article L. 631-9-1 du Code de

⁵⁶⁴ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, 11^{ème} éd. 2018, Domat droit privé, L.G.D.J., n°1021, p. 683.

⁵⁶⁵ Ils feront généralement jouer la compensation avec leur créance en compte courant : MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au "droit des sociétés en difficulté" », *Dr. et patr.*, Juill. 2014, p. 69.

⁵⁶⁶ LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115-21, p. 431.

⁵⁶⁷ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 11^{ème} éd, 2018, n°1021, p. 683.

⁵⁶⁸ C. Com. Art. L. 626-3, al. 3.

commerce s'engage à respecter le plan⁵⁶⁹. La loi de modernisation de la justice a donc remplacé le verbe « *respecter* » par « *exécuter* ».

185. En conclusion, le vote de la reconstitution des capitaux propres peut être posé aux associés sans avoir pour condition l'entrée d'un tiers. L'absence de cette condition atteste de la volonté du législateur d'impliquer financièrement l'associé dans le sauvetage de l'entreprise. Il convient alors d'étudier l'incidence de cette restructuration sur le sauvetage de la société.

§II - L'intérêt relatif de la reconstitution des capitaux propres pour le sauvetage de l'entreprise

186. Deux doctrines s'opposent quant au fait d'ériger la décision favorable de reconstitution des capitaux propres en condition à l'adoption d'un plan de continuation⁵⁷⁰. En effet, la reconstitution des capitaux propres est soumise en procédure de sauvegarde à la décision des associés, néanmoins, leur refus ne condamnera pas la sauvegarde de l'entreprise. Soumettre le plan de continuation à l'exigence d'une reconstitution des capitaux ne semble donc pas opportun. La contrainte de l'associé fondée sur le sauvetage de l'entreprise est une notion qui doit être relativisée.

187. Le rejet d'une première doctrine favorable à la reconstitution comme condition préalable au plan. Une première conception soutient que cette restructuration du capital constitue un préalable obligatoire à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise. Plusieurs jugements et arrêts⁵⁷¹ ont conforté cette idée. Les juges ont ainsi considéré qu'un plan de redressement ne pouvait pas être adopté si le capital social n'avait pas fait l'objet d'une reconstitution, alors que ce dernier était d'un montant inférieur à la moitié des capitaux propres.

⁵⁶⁹ LUCAS (F.-X.), « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, mars-avr. 2014, p. 111, spéc. p. 117, n°61 ; Voir également DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, mars 2014, dossier 20, n°6.

⁵⁷⁰ V. Notamment sur ce débat : CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°555 et s., p. 390.

⁵⁷¹ TGI Béthune, 26 Sept. 1986, *Rev. Proc. Coll.*, 1987, p. 51, n°2, obs. SOINNE (B.) ; T. com. Nanterre, 8 déc. 1987, *BRDA*, 15 juin 1988, p.11 ; *JCP E*, 1988, II, 21019, note VIANDIER (A.) ; T. com. Lille, 5 févr. 1988, *LPA*, 23 mars 1988, p. 19.

Les juges faisaient donc peser sur l'associé l'initiative première d'un sauvetage de l'entreprise, dans le but d'attirer de nouveaux investisseurs⁵⁷².

Est-il possible d'envisager la sauvegarde ou le redressement d'une entreprise dont les capitaux propres ne sont pas reconstitués ? La réponse semble être négative dans la majorité des cas. Une partie de la doctrine ⁵⁷³ a donc émis l'hypothèse du maintien de l'obligation de reconstitution lors d'une procédure collective et même un maintien des dispositions du droit des sociétés, avec simplement la suppression du dernier alinéa des articles L. 223-42 et L. 225. 248 du Code de commerce, écartant l'obligation de reconstitution du champ des procédures collectives.

Le refus de reconstituer les capitaux propres peut éventuellement bloquer l'accès à certains financements⁵⁷⁴. En pratique, le refus de voter l'augmentation de capital nécessaire à la reconstitution pourrait être constitutif d'un abus de minorité⁵⁷⁵. Cette reconstitution est un préalable à l'utilisation d'autres techniques sociétaires, comme une augmentation de capital ou un coup d'accordéon⁵⁷⁶. Les opérations sociétaires ne doivent pas être appréciées de manière isolée, mais dans leur ensemble. Le sauvetage de la société dépendra souvent de la réussite de plusieurs opérations sociétaires. Par contre, l'échec du plan de continuation pourrait être dû à la carence d'une seule d'entre elles. La reconstitution préalable du capital doit pouvoir être exigée des associés, dans la mesure où celle-ci présente un intérêt pour le sauvetage de l'entreprise.

⁵⁷² Pour exemple, dans l'affaire Technicolor, les capitaux propres étaient insuffisants et les créanciers demandaient donc un remboursement immédiat et un dépôt de bilan. Il a fallu les convaincre qu'avec un bilan assaini et un nouveau modèle stratégique le groupe pouvait se relancer. C'est alors que les créanciers ont commencé à croire au redressement et ont consenti des moratoires ; PERES (A.), LOGET (J.), « Technicolor : Une restructuration riche d'enseignements », *BJS*, 1 janvier 2011 n°1, p. 64.

⁵⁷³ LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2021-2022, n°511-231, p. 1366 ; LUCAS (F.-X.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS*, 1 juin 2014, 403 ; V. également : THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 102.

⁵⁷⁴ CA Bordeaux, 25 novembre 1993, *BJS*, 1994, p. 1345, §382, note BARADERIE (D.) ; CA Paris, 13 septembre 1996, *Rev. Proc. Coll.*, 1998, p. 263, obs. SOINNE (B.).

⁵⁷⁵ Cass. Com., 20 mars 2007, n°05-19.225 (n°525 FSPB), *SA Hexagone hospitalisation Ile de France (cons. Rapp. Pietton)*, *Dr. Et. Patr.*, 1 juin 2008, n°171, p. 98, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 29 mai 2008, n°22, p. 29, note MONSALLIER-SAINT MIEUX (M.-C.) ; *JCP éd. G*, 26 mars 2008, n°13, p. 38, note MONSALLIER-SAINT MIEUX (M.-C.) ; *D.*, 7 févr. 2008, n°6, p. 379, note HALLOUIN (J.-C.), LAMAZEROLLES (E.) ; Lexbase hebdo-édition privée générale, 24 janv. 2008, n°289, note LENHOF (J.-B.) ; *RTD Com.*, 1 oct. 2007, n°4, p. 746, note CHAMPAUD (C.) ; DANET (D.) ; *Rev. Sociétés*, 1 oct. 2007, n°4, p. 806, note CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.) ; *JCP éd. G* 31 juill. 2007, n°31, p. 19, note CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), WICKER (G.) ; *RTDF*, 1 juill. 2007, n°2, p. 88, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 14 juin 2007, n°24, p. 20, note VIANDIER (A.) ; *BJS*, 1 juin 2007, n°6, p. 745, note SCHMIDT (D.) ; *Rev. Lamy. Dr. Aff.* 1 juin 2007, n°17, p. 14, note CERATI-GAUTIER (A.) ; *RLDA*, 1 juin 2007, n°17, p. 10, note GIBIRILA (D.) ; *JCP éd. E*, 3 mai 2007, n°18, p. 28 ; *CJFI*, 1 mai 2007, n°45, p. 141, note TAUGOURDEAU (P.) ; *RJ com.*, 1 mai 2007, n°3, p. 216, note MONSERIE-BON (M.-H.) ; *Dr. Sociétés*, 1 mai 2007, n°5, p. 17, note LECUYER (H.) ; Lexbase hebdo-édition privée générale, 26 avr. 2007, n°257, note TECHENE (V.).

⁵⁷⁶ PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°982, p. 426.

Cependant, on peut reprocher à cette vision une trop grande rigidité. L'impossibilité de reconstituer les capitaux propres pourrait en effet entraîner la résolution immédiate du plan de continuation. C'est pourquoi, il semble - à notre avis - peu pertinent d'ériger la reconstitution des capitaux propres en condition impérative à la continuation du plan.

188. L'acceptation d'une seconde doctrine s'opposant à la reconstitution comme condition préalable au plan. Une partie de la doctrine⁵⁷⁷ considère que la reconstitution des capitaux propres n'est pas indispensable à la réussite du plan et dénonce le caractère fictif de la reconstitution des capitaux propres, ou du moins de sa finalité. Cette idée ressort de plusieurs arrêts d'appel et de cassation⁵⁷⁸. L'étude de ces différents arrêts fait ressortir l'inopportunité de cette condition préalable. La reconstitution des capitaux propres doit être appréciée dans une dimension plus grande, dans la mesure où cette restructuration ne parviendra pas à elle seule à sauver l'entreprise.

L'adoption d'un plan de continuation ne paraît pas devoir être conditionnée par la décision des associés de reconstituer les capitaux propres. Cette condition préalable ferait courir un risque trop important au rétablissement de la société. Ainsi, en procédure de sauvegarde, le refus des associés d'adopter la décision de reconstitution des capitaux propres ne fera pas échec à l'adoption d'un plan.

Il est clair que la volonté des associés de reconstituer les capitaux propres sera un atout supplémentaire pour le sauvetage de l'entreprise. L'exécution de cette restructuration sera toutefois soumise au vote des associés, dont la souveraineté dépendra de la procédure collective en cause.

189. Conclusion Section I. Ainsi, il convenait de démontrer que la reconstitution des capitaux propres servait aussi le sauvetage de l'entreprise, au-delà de donner plus de garanties aux créanciers. Même si cette reconstitution des capitaux n'est pas forcément une

⁵⁷⁷ DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, D., 3^{ème} éd. 1991, n°443, p. 317 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305, n°8., V. également la thèse de CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°555 et s., p. 390 ; BARBIERI (J.-F.), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA*, 30 sept. 2008, n°196, n°6, p. 6.

⁵⁷⁸ Sur le caractère non-indispensable de la reconstitution des capitaux propres : V. CA Paris, 2 déc. 1987, *Rev. Proc. Coll.*, 1991, 3, p. 292, obs. SOINNE (B.) ; CA Paris, 3^e ch., 13 sept. 1996 : *JurisData* n°1996-022306 ; *Rev. Proc. Coll.*, 1998, p. 263, n°10, obs. SOINNE (B.) ; Cass. Com., 6 mars 1990, n°88-11.500 : *Rev. Proc. Coll.*, 1991, p. 292, obs. SOINNE (B.) ; *JCP éd. G*, 1990, II, 21513, note BOLARD (G.) ; *D.*, 1990, p. 218, note DERRIDA (F.) ; CA Bordeaux, 2^e ch., 25 nov. 1993 : *Bull. Joly*, 1994, p. 1345, n°382 ; CA Douai, 21 avr. 1988 : *Rev. Proc. Coll.* 1988, 313, obs. SOINNE (B.).

condition à l'adoption du plan, elle sera déterminante pour la survie de l'entreprise, notamment par son incidence sur une éventuelle reprise interne.

SECTION II

La reconstitution des capitaux propres modulée selon la procédure collective

190. En procédure de sauvegarde, l'associé demeure libre de la décision de reconstituer les capitaux propres. À ce titre, le droit des procédures collectives reste relativement respectueux des textes du droit des sociétés, même si les organes de la procédure collective disposent de la compétence pour convoquer les assemblées (§I). Afin de favoriser l'accès d'un tiers au capital, le droit des entreprises en difficulté contraint les associés à reconstituer les capitaux propres lorsque l'entreprise est en procédure de redressement judiciaire. Cette mesure particulièrement contraignante pour les associés est légitimée par l'objectif de sauvetage de l'entreprise. À cette fin, elle remet en cause plusieurs principes du droit des sociétés (§II).

§I - Une contrainte relative sur le vote de l'associé lors de la reconstitution des capitaux propres en procédure de sauvegarde

191. La convocation de l'assemblée à voter la reconstitution des capitaux propres lors d'une procédure de sauvegarde marque la volonté du législateur d'impliquer l'associé dans la sauvegarde de l'entreprise. Une première question se pose sur l'attribution de cette compétence de convoquer les assemblées (A). Par ailleurs, lorsque la société n'est pas en mesure de surmonter ses difficultés, sans toutefois être en cessation des paiements⁵⁷⁹, l'associé conserve son droit de vote et le contrôle de la société qui est pourtant placée en procédure de sauvegarde. On peut s'interroger sur la liberté dont disposent les associés de décider de la reconstitution des capitaux propres lorsque la société est en procédure de sauvegarde (B).

⁵⁷⁹ C. Com. Art. L. 620-1.

A) La participation de l'associé limitée à sa convocation à l'assemblée

192. La convocation des assemblées, aux fins de voter la reconstitution des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social, se fait conformément aux dispositions du droit des sociétés comme le précise l'article R. 626-1 du Code de commerce. Si les organes compétents ne procèdent pas à la convocation des assemblées, alors l'administrateur judiciaire pourra intervenir. Cet appel à délibérer, permet d'impliquer les associés dans le sauvetage de l'entreprise.

193. La problématique du moment de la convocation des assemblées. On peut d'emblée se demander à quelle période de la procédure, les capitaux propres doivent être reconstitués.

La question a été tranchée par la loi du 18 novembre 2016⁵⁸⁰. Avant cette loi, il était admis que cette reconstitution soit faite en période d'observation ou après l'arrêt du plan⁵⁸¹. Désormais, au regard de l'emplacement du texte dans le Code de commerce, il semblerait que la reconstitution des capitaux propres soit effectuée en amont de l'arrêt du plan. Dans la mesure où l'article L. 626-3 du Code de commerce est situé dans la Section I du Chapitre VI sur le plan de sauvegarde, section intitulée « *de l'élaboration du projet de plan* », la reconstitution conditionnerait alors l'adoption du plan par le juge⁵⁸².

Cependant, la logique voudrait que le texte s'applique après l'arrêt du plan⁵⁸³. La décision de la reconstitution *a posteriori* permettrait de pallier l'hypothèse d'un refus ou d'une impossibilité pour le juge d'arrêter un plan de continuation, faute de reconstitution des capitaux propres envisageable à brève échéance. La reconstitution pourrait être postérieure à l'adoption du plan, pour peu qu'elle ait été prévue lors de l'arrêt du plan⁵⁸⁴. On rejoindra le professeur Perochon qui souligne l'étrangeté de cette disposition, qui donne la possibilité au juge d'appliquer une loi

⁵⁸⁰ Loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 99.

⁵⁸¹ T. Com Lille, 5 févr. 1988, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, p. 314, n°6, note SOINNE (B.).

⁵⁸² Plusieurs décisions vont dans ce sens : TGI Béthune, 26 sept. 1986 : *Rev. Proc. Coll.*, 1987-2, 51, obs. SOINNE (B.) ; T. com. Nanterre, 8 déc. 1987, *JCP éd. G* 1988, II, 21019, note VIANDIER (A.) ; T. com. Lille, 5 févr. 1988, *LPA*, 23 mars 1988, 19 ; Rapp. T. com. Paris, 21 mai 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, 2, p. 680. Sur cette question : JEANTIN, Colloque de Deauville : *RJ com.* 1987, 45, 83 et 85 ; FEUGERES, L'article 22 de la loi du 25 janvier 1985 : *Gaz. Pal.*, 1988, 1, doct. p. 251 ; Windsor, *RF compt.* 1989/11, 48.

⁵⁸³ Deux auteurs considèrent au contraire qu'il est justifié que la restructuration intervienne préalablement à l'arrêt du plan, afin de s'assurer que le plan ait les moyens de sa mise en œuvre : GOLSHANI (S.), LORIC (A.), « Le poids des actionnaires minoritaires », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 322.

⁵⁸⁴ Cass. Com. 6 mars 1990, n°88-11.500, *Bull. civ.* IV, n°65 ; CA Paris, 3^e ch. A, 2 déc. 1987, *Rev. Proc. Coll.*, 1991, p. 292, n°9, obs. SOINNE (B.) ; *D.*, 1990. 218, note DERRIDA (F.) ; *JCP*, 1990. II. 21513, note BOLLARD (G.) ; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd. 2021-2022, n°511.231, p. 1366.

prévue pour la préparation du plan, après son adoption⁵⁸⁵.

194. La convocation des assemblées pour la reconstitution des capitaux propres en procédure de sauvegarde. En procédure de sauvegarde, l'article L. 626-3 alinéa 2 du Code de commerce s'appliquera « *si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social* »⁵⁸⁶. L'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés, voire les assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 du Code de commerce sont convoquées afin de voter cette augmentation du capital social selon les modalités prévues par les dispositions du droit des sociétés⁵⁸⁷.

La reconstitution des capitaux propres est une mesure qui doit être prise par les associés selon L. 626-3 du Code de commerce. À cet effet, l'article R. 626-1 du Code de commerce dispose que : « *Pour l'application de l'article L. 626-3, les assemblées sont convoquées conformément aux dispositions du livre II, sous réserve des dispositions de la présente section* ». La convocation des associés vient ainsi s'opérer selon les modalités prévues par le droit de société. Il appartient donc aux organes dirigeants de la société de procéder à la convocation de l'assemblée car ils demeurent en procédure de sauvegarde « *les maîtres de la situation de la société* »⁵⁸⁸. L'organe dirigeant compétent variera en fonction de la forme de la société. Il peut s'agir du gérant de la société à responsabilité limitée⁵⁸⁹, du directoire ou du conseil d'administration dans les sociétés anonymes⁵⁹⁰ et enfin de l'organe désigné dans les statuts pour les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles.

195. L'action subsidiaire de l'administrateur judiciaire en procédure de sauvegarde. Il convient également de préciser qu'en cas de carence de l'organe dirigeant, l'administrateur judiciaire pourra procéder à la convocation des assemblées, conformément au

⁵⁸⁵ Voir en ce sens l'article L. 626-10 alinéa 3 du Code de commerce : « *Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation, sous réserve des dispositions prévues aux articles « L626-3 et L626-16 »* » ; PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°981, p. 426.

⁵⁸⁶ C. Com. Art. L. 626-3, al. 2.

⁵⁸⁷ En effet, les assemblées sont convoquées conformément aux dispositions du livre II, sous réserve de la présente section : C. Com. Art. R. 626-1. Conformément à l'article R. 626-2 du Code de commerce, l'avis de convocation doit comporter pour les sociétés anonymes et en commandite par actions outre les indications des articles R. 225-66 et R. 225-73 :

1° La date à laquelle se réunira éventuellement la deuxième assemblée, si la première n'atteint pas le quorum requis.

2° Le rappel du délai prévu entre les deux assemblées, qui est de six jours au moins.

⁵⁸⁸ MONSERIE-BON (M.-H.), « Le plan de sauvegarde », in dossier « *Les grandes options de la loi de sauvegarde* », *Dr. Et. Patr.*, mars 2006, n°146, p. 73, spéc. p. 75.

⁵⁸⁹ C. Com. Art. L. 223-27.

⁵⁹⁰ C. Com. Art. L. 225-103.

décret d'application de la loi de sauvegarde. La question se pose alors de l'action directe ou subsidiaire de l'administrateur judiciaire en procédure de sauvegarde.

Pour répondre à cette question, il faut au préalable faire une analyse rétrospective du droit, concernant les dispositions régissant l'organe compétent en matière de convocation des assemblées. Avant la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, c'était l'article L. 626-16 du Code de commerce qui régissait les modalités de convocation. Cet article, désormais abrogé, disposait que : « *En cas de nécessité, le jugement qui arrête le plan donne mandat à l'administrateur de convoquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, l'assemblée compétente pour mettre en œuvre les modifications prévues par le plan* ». Si le plan de sauvegarde prévoyait une reconstitution des capitaux propres, l'ancien article L. 626-16 disposait qu'en « *cas de nécessité* », le jugement arrêtant le plan donnait pouvoir à l'administrateur judiciaire de convoquer l'assemblée compétente pour qu'elle vote la reconstitution des capitaux propres. Néanmoins, l'article L. 626-16 du Code de commerce a été abrogé, par la loi du 18 novembre 2016⁵⁹¹, pour deux raisons.

D'abord car, l'article L. 626-16 du Code de commerce faisait double emploi avec l'article L. 626-24 du Code de commerce qui dispose que : « *Le tribunal peut charger l'administrateur d'effectuer les actes, nécessaires à la mise en œuvre du plan, qu'il détermine* ». Ainsi, cette même précision à l'article L. 626-3 semblait redondante. Bien que le terme d'acte, ne renvoie pas de notre point de vue à une convocation d'assemblée.

Ensuite, la formule employée par le législateur de « *nécessité* », laissait peser un doute. Plusieurs interprétations opposèrent la doctrine, soit l'administrateur était mandaté à chaque fois que le plan prévoyait une reconstitution des capitaux propres⁵⁹², soit il n'intervenait qu'en cas de carence ou d'impossibilité d'agir⁵⁹³ de l'organe dirigeant⁵⁹⁴. La seconde interprétation semble plus convaincante, même si elle ne ressort pas de l'ancien article L. 626-16 du Code de commerce. Le terme de nécessité ne renvoie pas forcément à une carence des organes dirigeants. Cette solution était pourtant la plus convaincante car les organes dirigeants ne sont pas censés être dessaisis de leurs fonctions en procédure de sauvegarde. Il semble donc plus

⁵⁹¹ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 99.

⁵⁹² Cette solution fut dégagée d'une décision du tribunal de commerce de Nanterre. En effet, la modification du capital social peut, dans certains cas, être facultative, mais selon les juges du tribunal de commerce de Nanterre, elle « *s'impose à lui dès lors que les pertes constatées dans les documents comptables réduisent les capitaux propres à une valeur inférieure à la moitié du capital social* » : T. Com Nanterre, 8 déc. 1987, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, p. 314, n°6, note SOINNE (B.) ; *JCP*, 1988. II. 21019, note VIANDIER (A.).

⁵⁹³ Cette situation semblait difficilement imaginable en pratique, hors le cas de révocation du dirigeant : DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, 2 mars 2014.

⁵⁹⁴ En faveur de cette interprétation de l'article L. 626-16 du Code de commerce : LUCAS (F.-X.), « La loi de sauvegarde, article par article [1^{re} partie] », *LPA*, 8 févr. 2006, p. 82, ss Art. 626-16 ; LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, juin 2014, n°6, ét. 11.

légitime de leur laisser le pouvoir de convoquer les assemblées en vue d'une modification du capital⁵⁹⁵. Ce terme de « *nécessité* » laissait au juge une grande part de manœuvre, lequel laissait un trop grand doute sur son interprétation.

En droit positif, il faut désormais se référer au décret d'application de loi de sauvegarde, qui est venu clarifier la situation, en précisant que l'intervention de l'administrateur était limitée au seul cas d'une carence des organes de la société. En effet, le décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et l'article L. 202 du Code de commerce disposait que : « *Toutefois, pour l'application de l'article L. 626-3 du Code de commerce, l'administrateur convoque les assemblées si les dirigeants n'y procèdent pas* »⁵⁹⁶. Enfin, l'intervention subsidiaire de l'administrateur paraît justifiée, car la nomination de cet organe est en principe soumise au dépassement de certains seuils⁵⁹⁷. La désignation d'un administrateur judiciaire n'est en effet pas systématique puisqu'elle est soumise aux conditions de l'article L. 621-4 du Code de commerce. Même si un administrateur judiciaire peut être désigné dès le jugement d'ouverture⁵⁹⁸ ou par un nouveau jugement lors de la période d'observation si cela s'avère nécessaire. En ce sens, l'article L. 621-4 alinéa 4 du Code de commerce dispose que « *jusqu'au jugement arrêtant le plan, le tribunal peut à la demande du débiteur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, décider de nommer un administrateur* »⁵⁹⁹.

Lorsqu'un administrateur aura été nommé, il aura donc pour devoir de convoquer les actionnaires en assemblée générale en vue de voter la reconstitution des capitaux propres, mais uniquement si les organes dirigeants n'y procèdent pas. Celui-ci a le devoir de veiller au respect des obligations légales ou conventionnelles du dirigeant de l'entreprise⁶⁰⁰. Il doit donc s'assurer du bon fonctionnement des assemblées. Ainsi, la convocation des assemblées ou la tenue de délais de l'assemblée de fin d'exercice dans les sociétés commerciales fait donc partie de ses missions⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ En ce sens : Cass. Civ., 3^{ème} ch., 7 juin 2001, n°97-17.407, *Act. Proc. Coll.* 2001, n°212, note REGNAUT-MOUTIER (C.).

⁵⁹⁶ Ce décret a cependant été abrogé par le Décret n°2007-431 du 25 mars 2007 –art. 3 (V) JORF 27 mars 2007.

⁵⁹⁷ C. Com. Art. R. 621-11 : Soit 3 000 000 euros de chiffre d'affaire hors taxes et de 20 salariés à la date de la demande d'ouverture de la procédure.

⁵⁹⁸ V. Pour la procédure de sauvegarde : C. Com. Art. L. 621-4. Pour le redressement judiciaire : C. Com. Art. L. 631-9 qui renvoie à l'article L. 621-4. Enfin pour la liquidation judiciaire : C. Com. L. 641-10, al. 5.

⁵⁹⁹ Ce texte situé dans les dispositions propres à la procédure de sauvegarde et également applicable en procédure de redressement judiciaire, conformément à l'article L. 631-9 du Code de commerce.

⁶⁰⁰ L'administrateur peut avoir une mission de surveillance, d'assistance ou de représentation : C. Com. Art. L. 621-22.

⁶⁰¹ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°224.

196. Une solution applicable en procédure de redressement judiciaire. La même procédure devra être appliquée en redressement judiciaire. En effet, lorsque la société est en procédure de redressement judiciaire, l'article L. 631-9-1 du Code de commerce énonce que « *si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur 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 proposé par l'administrateur (...)* ». Les dispositions prévues à l'article R. 626-1 du Code de commerce, qui renvoie aux dispositions du droit des sociétés pour les modalités de convocation, sont donc applicables en procédure de redressement judiciaire, conformément à l'alinéa 1 de l'article R. 631-34 du Code de commerce. L'administrateur n'aura qu'une compétence subsidiaire, conformément à l'alinéa 2 de l'article R. 631-34 du Code de commerce⁶⁰²

L'organe social reste donc compétent pour convoquer les assemblées, sauf dans le cas où le jugement d'ouverture confie à l'administrateur une mission de surveillance. Dans ce dernier cas, l'administrateur a seul la compétence de la gestion de l'entreprise, le débiteur étant dessaisi d'une partie de ses attributions. Ainsi, c'est donc à l'administrateur de convoquer les assemblées. Cette solution a pu être consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 juin 2000⁶⁰³, à propos de la convocation d'une assemblée générale ordinaire d'une société en procédure de redressement judiciaire. Les juges ont considéré que l'administrateur avait pour obligation de convoquer l'assemblée générale ordinaire des actionnaires, par la dévolution qui lui est faite des missions du chef d'entreprise, sur le fondement des articles L. 621-12, al. 2⁶⁰⁴ et L. 242-10⁶⁰⁵ du Code de commerce.

197. Les conséquences pour les organes du défaut de convocation des associés. Lorsque l'entreprise sociétaire subit une procédure de sauvegarde, c'est donc l'organe dirigeant qui a pour mission de convoquer l'assemblée aux fins de voter la reconstitution des capitaux propres. En cas d'inaction, l'administrateur aura la compétence de convoquer

⁶⁰² C. Com. Art. R. 631-34 : « *Toutefois, pour l'application de l'article R. 626-3, l'administrateur convoque les assemblées si les dirigeants n'y procèdent pas* ».

⁶⁰³ Cass. Crim., 21 juin 2000, n°99-85.778, JCP éd. E, éd. 2000, p. 1815 et éd. G. 2001. II. 10481, note COURET (A.) ; D., 2000, A.J. 352, obs. LIENHARD (A.) ; Bull. Joby, 2000, p. 1121, §279, note VALLANSAN (J.) ; Dr. Et Patr., Janv. 2001, p. 96, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; Act. Proc. Coll., 2000-15, n°199, obs. LEGROS (J.-P.) ; Rev. Sociétés, 2000. 753 note BOULOC (C.) ; JCP éd. E, 2000, p. 125, n°3, obs. CABRILLAC (M.) et PETEL (M.) ; Rev. Proc. Coll., 2000. 209, obs. SOINNE (B.) ; D. 2002. Somm. 207, obs. DERRIDA (F.).

⁶⁰⁴ C. Com. Art. L. 621-22, III : « *Dans sa mission, l'administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise* ».

⁶⁰⁵ C. Com. Art. L. 242-10 : « *Est puni d'emprisonnement de six mois et d'une amende de 9000 euros le fait, pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, de ne pas soumettre à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire les comptes annuels et le rapport de gestion prévus à l'article L. 232-1* ».

l'assemblée, soit en raison des missions qui lui ont été confiées par le juge, soit du fait de la carence des organes sociaux. La Cour de cassation avait retenu la responsabilité d'un administrateur qui avait omis de convoquer l'assemblée générale ordinaire⁶⁰⁶. Cette responsabilité pourrait être partagée avec l'organe social si l'administrateur n'avait qu'une mission d'assistance⁶⁰⁷.

En procédure de redressement judiciaire, en cas de non convocation ou de refus des associés de reconstituer les capitaux propres, alors conformément à l'article L. 631-9-1 du Code de commerce, l'administrateur peut demander au président du tribunal⁶⁰⁸ la désignation d'un mandataire chargé de convoquer à nouveau les associés et de voter en faveur de la reconstitution à la place des associés opposants⁶⁰⁹. Dans ces conditions, ou si l'administrateur dirige seul la société, alors l'organe social est déchargé de toute responsabilité. L'administrateur porte seul la responsabilité du manquement à ses devoirs de convocation⁶¹⁰.

198. Les conséquences pour l'entreprise sociétaire du défaut de convocation des associés. Le défaut de convocation de l'assemblée générale pourrait être préjudiciable pour la personne morale. La reconstitution des capitaux propres est en effet une des conditions essentielles de la recherche d'investisseurs.

Outre le préjudice financier, l'entreprise soumise à une procédure collective, pourrait perdre les avantages de la sauvegarde⁶¹¹. En effet, si la reconstitution avait été érigée en condition du plan, le juge pourrait prononcer sa résolution. L'entreprise serait alors contrainte de sortir de la procédure collective, néanmoins la société n'étant pas en cessation des paiements, aucune conversion en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne serait possible⁶¹². Comme le remarque le professeur Thomas, le paradoxe est que la société retombera sous le coup des dispositions du droit des sociétés. Les associés seront alors contraints de reconstituer les capitaux propres, s'ils font partie d'une société à responsabilité limitée ou par actions⁶¹³.

⁶⁰⁶ Cass. Crim., 3 mars 1998, n°95-85.808, Bull. Crim., 1998, n°82 ; *Rev. Proc. Coll.*, 2000, 69, obs. SOINNE (B.).

⁶⁰⁷ V. en ce sens : THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, n°22, p. 112.

⁶⁰⁸ L'administrateur doit formuler une demande auprès du tribunal à la suite d'une assignation de la société. Le président du tribunal statuera sur cette demande par ordonnance de référé : C. Com. Art. R. 631-34-6.

⁶⁰⁹ Le nom des associés opposants étant mentionnés dans le procès-verbal de la première assemblée réunis pour voter la reconstitution du capital : C. Com. Art. R. 631-34-6.

⁶¹⁰ En ce sens : Cass. Crim., 3 mars 1998, n°95-85.808.

⁶¹¹ On pense notamment à l'arrêt des poursuites : C. Com. Art. L. 622-21.

⁶¹² Conformément à l'article : C. Com. Art. L. 622-10.

⁶¹³ THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, n°22, p. 112.

199. Bien que les associés soient convoqués par l'organe judiciaire, aucune règle ne leur impose d'adopter la décision de reconstitution des capitaux propres.

B) Le respect de la souveraineté de l'assemblée

200. Bien que l'organe dirigeant, voire l'administrateur judiciaire, assure la convocation des assemblées, celle-ci reste libre de décider ou de refuser la reconstitution des capitaux propres en procédure de sauvegarde. Le droit des procédures collectives reste respectueux du principe de souveraineté des assemblées et ne semble appliquer aucune contrainte à l'égard de l'associé qui demeure libre de refuser la restructuration souvent nécessaire à la survie de l'entreprise.

201. **Une reconstitution soumise à la décision des associés.** Bien que cette reconstitution des capitaux propres conditionne souvent la réussite du plan, dans la mesure où elle vient éponger les pertes de la société⁶¹⁴, elle n'est pas pour autant obligatoire en procédure de sauvegarde. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que, pour les modifications du capital social, l'assemblée demeure libre du sens de la décision⁶¹⁵. Le juge ne peut donc pas imposer à l'assemblée cette restructuration du capital lorsque la société est en procédure de sauvegarde.

Cette reconstitution est une mesure facultative, entièrement soumise à la décision des associés⁶¹⁶. Le juge « *ne peut se substituer à l'assemblée des associés et imposer l'augmentation de capital et la modification corrélative des statuts* »⁶¹⁷. Les associés demeurent donc en théorie souverains. On peut supposer que « *le législateur a voulu ainsi limiter l'atteinte apportée au droit des sociétés en laissant*

⁶¹⁴ MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°8.

⁶¹⁵ « *Mais attendu que l'arrêt énonce à juste titre que le tribunal ne peut, lorsque le plan comporte des mesures de restructuration du capital social, imposer l'adoption des modifications statutaires correspondantes qui sont subordonnées au vote favorable des associés* ». Cass. Com., 15 janv. 1991, n°89-15.822, *Bull. civ.*, IV, n°27 ; *Rev. Sociétés*, 1991. 383, note GUYON (Y.) ; Cass. Com., 15 janv. 1991, *Bull. Joly*, 1991, p. 425, n°147, note LE CANNU (P.) ; *RJ com.* 1991. 385, note MERLE (P.).

Cette jurisprudence a été confirmée récemment par une série d'arrêts de la Cour de cassation : Cass. Com., 2 juill. 2013, n°12-18.902, *Bull. Civ.*, 2013, IV, n°113 ; *Act. Proc. Coll.* 2013, n°206, obs. VALLANSAN (J.) ; *Gaz. Pal.*, 29 sept. -1^{er} oct. 2013, p. 25, obs. LEBEL (C.) ; *BJS*, 2013. 752, note PAILLER ; *BJE*, 2013. 356, note MONSERIE-BON (M.-H.) ; *Dr. Sociétés*, 2014, comm. N°13, note LEGROS (J.-P.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2014, n°6, obs. CAGNOLI (P.). V. également : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2021-2022, p. 1366, n°511.231.

Ce principe est désormais atténué par l'article L. 631-19-2 du Code de commerce. Cf. *Infra*. n°281.

⁶¹⁶ DUMOND-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.* n°2, mars 2014, §5.

⁶¹⁷ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat, Droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1021, p. 683.

aux associés le droit de décider une restructuration de l'entreprise »⁶¹⁸.

La justification de cette absence de contrainte pour les associés s'explique par le respect de plusieurs principes du droit des sociétés.

Cette obligation de contribuer aux pertes se combine avec le principe d'intangibilité des engagements des associés⁶¹⁹ et au principe de l'égalité des associés dans les droits patrimoniaux⁶²⁰. C'est pourquoi la contribution aux pertes n'intervient en principe qu'à la dissolution de la société⁶²¹. De plus, les associés ne peuvent pas être contraints à effectuer un nouvel apport qui conduirait à l'augmentation de leurs engagements. Les associés ou actionnaires ne peuvent y consentir que de leur plein gré⁶²². Si l'assemblée générale ne vote pas en faveur de la reconstitution des capitaux propres, ne pouvant opter pour la dissolution, elle devra décider dans les conditions prévues par le droit des sociétés une réduction du capital afin de régulariser sa situation⁶²³. Ainsi, le refus de reconstitution des capitaux propres pourra faire basculer la société vers le redressement ou la liquidation judiciaire, voire constituer un abus de minorité ou de majorité⁶²⁴.

L'absence de contrainte à l'encontre des associés d'une société en sauvegarde, peut également s'expliquer par les dispositions du droit des sociétés, qui mettent fin à l'obligation de reconstitution des capitaux propres à compter de l'ouverture d'une procédure collective de

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ C. Civ. Art. 1836, al. 2. Ce principe est réaffirmé pour les sociétés à responsabilité limitée à l'article L. 223-30 alinéa 2 du Code de commerce et pour les sociétés anonymes à l'article L. 225-86, alinéa 1 du Code de commerce.

⁶²⁰ MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. Paris 1, Economica, préface de GUYON (Y.), 2004, p. 151.

⁶²¹ RIPERT (G.), ROBLOT (R.), par GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, T. 2, L.G.D.J., 17^{ème} éd. 2004, n°1056-24, p. 16. ; BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°67, p. 76.

⁶²² Cass. Com., 5 mai 2009, n°08-14.043, *Dr. Sociétés* 2009, n°181, obs. MORTIER (R.).

⁶²³ Voir en ce sens : Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; <http://www.senat.fr/rap/115-090/115-09010.html>, le 21/10/2021.

⁶²⁴ CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.), *Sociétés commerciales*, éd. 2021, Mémento pratique, Francis Lefebvre, p. 1783, n°91.326. Pour des exemples jurisprudentiels d'abus de minorité sur une reconstitution du capital nécessaire à la survie de la personne morale : Cass. Com., 20 mars 2007, n°05-19.225 (n°525 FSPB), *SA Hexagone hospitalisation Ile de France (cons. Rapp. Pietton)*, *Dr. Et Patr.*, 1 juin 2008, n°171, p. 98, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 29 mai 2008, n°22, p. 29, note MONSALLIER-SAINTE MIEUX (M.-C.) ; *JCP éd. G*, 26 mars 2008, n°13, p. 38, note MONSALLIER-SAINTE MIEUX (M.-C.) ; *D.*, 7 févr. 2008, n°6, p. 379, note HALLOUIN (J.-C.), LAMAZEROLLES (E.) ; Lexbase hebdo-édition privée générale, 24 janv. 2008, n°289, note LENHOF (J.-B.) ; *RTD Com.*, 1 oct. 2007, n°4, p. 746, note CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Rev. Sociétés*, 1 oct. 2007, n°4, p. 806, note CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.) ; *JCP éd. G*, 31 juill. 2007, n°31, p. 19, note CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), WICKER (G.) ; *RTDF*, 1 juill. 2007, n°2, p. 88, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 14 juin 2007, n°24, p. 20, note VIANDIER (A.) ; *BJS*, 1 juin 2007, n°6, p. 745, note SCHMIDT (D.) ; *RLDA*, 1 juin 2007, n°17, p. 14, note CERATI-GAUTIER (A.) ; *RLDA*, 1 juin 2007, n°17, p. 10, note GIBIRILA (D.) ; *JCP éd. E*, 3 mai 2007, n°18, p. 28 ; *CJFI*, 1 mai 2007, n°45, p. 141, note TAUGOURDEAU (P.) ; *RJ com.*, 1 mai 2007, n°3, p. 216, note MONSERIE-BON (M.-H.) ; *Dr. Sociétés*, 1 mai 2007, n°5, p. 17, note LECUYER (H.) ; Lexbase hebdo-édition privée générale, 26 avr. 2007, n°257, note TECHENE (V.).

sauvegarde ou de redressement judiciaires. Aucune obligation ne semble peser sur l'associé en matière de renflouement des fonds propres de la société⁶²⁵.

202. Les conséquences du refus de reconstituer les capitaux propres pour l'adoption du plan. Dans l'hypothèse d'un vote s'opposant à la reconstitution, le juge pourra, s'il y a lieu, prononcer la résolution du plan⁶²⁶, si la reconstitution était un engagement du plan de sauvegarde. Le plan ne sera donc pas adopté. Postérieurement au prononcé de la résolution, le juge pourra opter pour une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. En effet, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008⁶²⁷, le juge peut prononcer l'ouverture d'un redressement judiciaire, ou décider la dissolution de la société par sa mise en liquidation judiciaire⁶²⁸.

Si le juge opte pour l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, les associés pourront être alors contraints à la reconstitution des capitaux propres si les conditions de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce sont remplies. Sinon, ils perdront leurs apports en raison de la liquidation judiciaire de la société.

203. Par voie de conséquence, le droit des procédures collectives n'impose à l'associé qu'une contrainte de principe, en lui imposant seulement une convocation aux fins de reconstitution des capitaux propres. L'associé demeurera libre dans sa décision de reconstitution ou non des capitaux propres. Cependant, à la différence de la procédure de sauvegarde, les dispositions du droit des entreprises en difficulté, applicable en procédure de redressement judiciaire, seront plus coercitives à l'égard de l'associé.

⁶²⁵ Notons que dans le droit des sociétés, la reconstitution des capitaux propres n'est qu'une alternative à la dissolution ou à la transformation et non une obligation Cette solution issue des articles L. 223-42 et L. 225-248 du Code de commerce est inapplicable en procédure collective. La dissolution est en effet contraire aux enjeux du droit des procédures collectives ; Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; <http://www.senat.fr/rap/115-090/115-09010.html>, le 21/10/2021.

⁶²⁶ MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. 2004 Paris 1, Economica, préface de GUYON (Y.), p. 151 ; Sur la résolution du plan : PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°1045, p. 450.

⁶²⁷ Ordonnance de 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁶²⁸ Le rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de de l'administration générale de la république, sur le projet de loi (n°3204), adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXIème siècle par M. Jean Michel Clément et M. Jean Yves Le Bouillonnet, Chap. III. §II, B, 2, e.

§II - Une contrainte absolue sur le vote de l'associé lors de la reconstitution des capitaux propres en procédure de redressement judiciaire

204. La participation de l'associé au redressement de l'entreprise variera en fonction de la procédure collective que subit la société. Plus l'état des difficultés sera avancé, plus les obligations et les devoirs de l'associé seront importants. Ainsi, afin de ne pas perturber l'attractivité de la procédure de sauvegarde, les associés, bien que contraints à voter la reconstitution des capitaux propres, resteront libres du sort de la restructuration. Au contraire, lorsque la société est en procédure de redressement judiciaire et sous certaines conditions, l'associé pourra être dessaisi de son droit de vote afin d'assurer l'adoption de la reconstitution (A). Cette disposition, pourtant attentatoire au droit fondamental des associés, ne prévoit aucune possibilité de recours. Il sera en effet difficile pour l'associé d'invoquer un motif plus impérieux que le sauvetage de l'entreprise (B).

A) Une reconstitution imposée à l'assemblée des associés

205. Le redressement judiciaire de la société va démultiplier la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Celui-ci jusqu'alors libre dans l'exercice de droit de vote et de la politique adoptée par la personne morale devra, sous certaines conditions, être contraint à participer au financement de la société (1), par la remise en cause de ses droits politiques (2).

1 - Une reconstitution forcée conditionnée par l'intervention des organes judiciaires

206. Il revient aux organes judiciaires d'assurer la reconstitution des capitaux propres. Ce pouvoir octroyé aux organes de la procédure permet d'éviter l'immixtion caractérisée du juge dans la gestion de l'entreprise et d'apprécier la nécessité de cette reconstitution des capitaux propres.

207. Les conséquences du refus de reconstituer les capitaux propres. En procédure de redressement judiciaire, si les actionnaires refusent de voter en faveur de la reconstitution des capitaux propres, l'administrateur prendra l'initiative d'engager la procédure de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce et donc le vote de la reconstitution des capitaux

propres par un mandataire *ad hoc*. Chaque étape de ce dispositif de « *reconstitution forcée du capital* »⁶²⁹ suscite des interrogations.

On peut également se poser la question d'une intervention directe de l'administrateur, plutôt que passer par une convocation d'un mandataire chargé de voter la reconstitution des capitaux propres.

Si l'on se réfère à l'alinéa 2 de l'article R. 631-34 du Code de commerce⁶³⁰, applicable en procédure de redressement judiciaire, l'administrateur n'a qu'une compétence subsidiaire à celle du dirigeant. Ce qui est cohérent avec le maintien des compétences du dirigeant en matière de convocation des assemblées, cela même en procédure collective⁶³¹, peu importe les missions de surveillance ou d'assistance de l'administrateur⁶³². Ainsi, en application du droit des sociétés, le dirigeant, le conseil d'administration ou le directoire restent compétents pour convoquer l'assemblée. En conséquence, lorsque la personne morale est soumise à une procédure de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire ne disposera que d'une compétence subsidiaire à celle du dirigeant⁶³³.

S'agissant de la convocation des assemblées, le droit des sociétés reste donc applicable.

208. L'initiative de l'administrateur. L'article L. 631-9-1 du Code de commerce précise d'abord que l'administrateur « *a qualité* » pour demander la désignation d'un mandataire⁶³⁴. C'est donc à l'administrateur d'apprécier la nécessité d'une reconstitution des capitaux propres. Il ne semble pas être contraint par cet article. Dans l'hypothèse où il juge cette reconstitution des capitaux propres nécessaire à l'entrée d'un tiers et à la poursuite de l'activité, il devra former une demande auprès du président du tribunal par assignation de la société⁶³⁵.

Cet article suppose d'abord la nomination d'un administrateur⁶³⁶. Les administrateurs ne sont nommés que dans d'importantes sociétés dont les seuils sont de trois millions d'euros de chiffre

⁶²⁹ Sur ces termes : V. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1193, p. 791.

⁶³⁰ C. Com. Art. R. 631-34 : « *Toutefois, pour l'application de l'article R. 626-3, l'administrateur convoque les assemblées si les dirigeants n'y procèdent pas* ».

⁶³¹ Les modalités de convocations restent les mêmes que pour le droit des sociétés. Elles varient uniquement selon la société ou en cas de procédure de sauvegarde accélérée, notamment financière (V. art. C. Com. Art. R. 628-17 et C. Com. Art. R. 628-19).

⁶³² C. Com. Art. 622-1 et C. Com. Art. L. 631-12.

⁶³³ C. Com. Art. R. 631-31, al. 2.

⁶³⁴ « *La demande formée par l'administrateur est faite auprès du président du tribunal par assignation de la société* » : LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115.21, p. 431.

⁶³⁵ C. Com. Art. R. 631-34-6.

⁶³⁶ En ce sens : GORINS (C.), « *Évolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective* », *BJE*, 1 mai 2015, n°3, p. 185.

d'affaires hors taxes et de vingt pour le nombre de salariés⁶³⁷. Faut-il alors comprendre que le dispositif n'est applicable qu'aux sociétés de tailles importantes ? Cela sera logique au regard de l'atteinte significative qu'entraîne ce dispositif pour les associés. Cependant, un administrateur peut être nommé en dehors de ces seuils. La reconstitution forcée des capitaux propres pourra donc être effective même en l'absence du dépassement des seuils précités.

C'est également l'administrateur qui a la charge de fixer le montant de l'augmentation de capital⁶³⁸, dont le montant ne peut être inférieur à la moitié du montant du capital social⁶³⁹. À défaut d'administrateur, l'article L. 627-3 du Code de commerce précise que c'est le juge-commissaire qui fixe le montant de l'augmentation de capital. Les associés sont ainsi privés de ce pouvoir.

Avant l'entrée en vigueur de la loi « *Justice du XXI^e siècle* » du 18 novembre 2016⁶⁴⁰, l'ordonnance du 12 mars 2014⁶⁴¹ posait une limite : « *en ce qu'il plafonnait le vote forcé à la reconstitution des capitaux propres jusqu'à la moitié du capital social* »⁶⁴². Le mandataire vote désormais la reconstitution des capitaux propres « *à concurrence du montant proposé par l'administrateur* » et non plus à « *hauteur du minimum prévu* » par l'ancienne rédaction de l'article L. 626-3 du Code de commerce. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016 précitée, rien n'interdit à l'administrateur de proposer un montant supérieur au seuil minimal de la reconstitution des capitaux propres⁶⁴³. La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁶⁴⁴ laisse à l'administrateur une grande capacité d'action afin de préserver toutes les chances d'adoption du projet de plan par le juge⁶⁴⁵. L'administrateur dispose d'un pouvoir de coercition important sur les associés qui perdent la maîtrise de leur contribution aux fonds propres de la société et éventuellement le bénéfice de

⁶³⁷ C. Com. Art. R. 621-11.

⁶³⁸ « *L'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital-social* » ; MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, 1 mai 2014 n°3, p.178 ; LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115.21, p. 431.

⁶³⁹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1193, p. 791.

⁶⁴⁰ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁶⁴¹ Ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

⁶⁴² LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°076-261, p. 249.

⁶⁴³ En ce sens : THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan 2018, p. 101, spéc. p. 116.

⁶⁴⁴ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁶⁴⁵ V. Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de de l'administration générale de la république, sur le projet de loi (n°3204), adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI^e siècle par M. Jean Michel Clément et M. Jean Yves Le Bouillonnet, Chap. III. §II, B, 3, a.

la responsabilité limitée.

Cette modification opérée par la loi du 18 novembre 2016 est cependant bienvenue, puisqu'elle vient pallier les carences d'un dispositif jugé trop restrictif, notamment à cause du peu d'intérêt qu'il présentait pour les tiers⁶⁴⁶. L'administrateur peut apprécier le montant de l'augmentation à opérer et le fixer au niveau suffisant pour la réalisation d'une reprise interne. En effet, la stricte reconstitution des capitaux propres sera peut-être insuffisante pour qu'un repreneur puisse prendre le contrôle de la société⁶⁴⁷.

209. La désignation du mandataire. On peut se demander si le juge est tenu par la demande de l'administrateur ? Le président du tribunal peut-il refuser ? À ce titre, l'article R. 631-34-6 du Code de commerce dispose que « *le président du tribunal statue sur cette demande par ordonnance de référé* » et que cette ordonnance précise l'ordre du jour de l'assemblée. Le verbe « *demander* » semble ouvrir la voie à un possible refus. Le président du tribunal peut ainsi bloquer la procédure de reconstitution des capitaux propres⁶⁴⁸.

210. Le vote du mandataire. Si le juge ordonne la nomination d'un mandataire et que les capitaux propres n'ont pas été reconstitués conformément à l'article L. 626-3 alinéa 2 du Code de commerce, le mandataire de justice pourra voter à la place des associés ou actionnaires opposants. Cette mesure s'inspire de celle appliquée par la jurisprudence en matière d'abus de minorité⁶⁴⁹. La question reste posée de savoir si en cas de carence du mandataire sur cette demande, les contrôleurs pourraient s'y substituer ? Aucun texte ne semble l'interdire, d'autant que le mandataire tire sa compétence de sa mission de représentant des créanciers⁶⁵⁰.

En outre, le mandataire doit voter la reconstitution des capitaux propres. L'ancien article L. 631-9-1 du Code de commerce disposait que « *le mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée*

⁶⁴⁶ En effet, le texte était restrictif, car « *l'intérêt d'un tiers à participer à une telle augmentation de capital suppose que cette injection de new money, entraîne une dilution massive de la participation de l'actionnaire existant* ». Le texte perdait alors tout son sens, dans la mesure où il plafonnait la reconstitution des capitaux propres au minimum légal, du fait qu'il ne précisait pas si le « coup d'accordéon » était imposé : LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115.21, p. 431.

⁶⁴⁷ PETEL (P.), « La reprise interne », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 129.

⁶⁴⁸ L'article R. 631-34-6 du Code de commerce précise également que cette ordonnance est susceptible d'appel, sans préciser les personnes concernées par cette voie de recours. Il semble alors devoir se référer aux recours de droit commun.

⁶⁴⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, II-3 ; V. également : LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115.21 p. 431 ; MONSERIE-BON (M.-H.), *Entreprise en difficulté : période d'observation*, Repert. Dr. Soc., Dalloz, oct. 2020, n°222 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au « Droit des sociétés en difficulté » », *Dr. et patr.*, 2014, n°238.

⁶⁵⁰ Bien que cela soit contestable. Cf. *Supra*. n°121.

compétente et de voter sur la reconstitution du capital». Le mot « sur » permettait à l'organe judiciaire d'avoir le libre choix de son vote. La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁶⁵¹ a cependant supprimé le mot « sur »⁶⁵², obligeant le mandataire à voter la reconstitution du capital. Même si le droit de vote des associés est maintenu, il est conditionné à un vote en faveur de la reconstitution. Si les associés refusent de voter la reconstitution des capitaux propres, un mandataire ad hoc votera à leur place en faveur de cette reconstitution du capital⁶⁵³.

Une différence notable qui démarque la procédure de l'article L. 631-9-1 de celle de l'abus de majorité ou de minorité réside dans la compétence réservée à l'administrateur et non plus au juge. L'administrateur va désigner le mandataire chargé de voter « à la place du ou des associés ou actionnaires opposants », comme le juge l'aurait fait dans le contexte d'un abus du droit de vote. Si cet administrateur ne pouvait disposer du choix du sens du vote, le principe de non-immixtion du juge dans les affaires sociales serait atteint⁶⁵⁴. C'est pour éviter l'écueil, qu'habilement, le législateur a confié ce pouvoir de désignation du mandataire à l'administrateur et non au juge. La suppression de la liberté d'appréciation du mandataire paraîtrait cependant légitime, l'objectif étant de favoriser la reconstitution des capitaux propres. Maintenir la possibilité d'un vote défavorable du mandataire à l'opération sociétaire n'a guère de sens et constitue un risque pour le sauvetage de la société en difficulté. La réalisation de cette opération doit déjà passer l'étape de la désignation par l'administrateur d'un mandataire de justice. Selon le texte en effet : « l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire », aucune obligation ne semble le contraindre à agir.

Il est notable que le législateur a confié le pouvoir de voter au mandataire et non à l'administrateur judiciaire. En effet, la reconstitution des capitaux propres « forcée » ne doit pas être entendue comme une garantie accordée aux créanciers, mais comme une condition favorable à l'entrée « d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan », conformément à l'article L. 631-9-1 du Code de commerce. C'est ainsi que la décision de voter revient naturellement à l'administrateur et non au mandataire, car il est en charge de la représentation

⁶⁵¹ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, Art. 99.

⁶⁵² V. Texte adopté n°824 « Petite loi », Assemblée Nationale, Constitution du 4 oct. 1958, Quatorzième législature, session extraordinaire de 2016-2017, 12 oct. 2016. Projet de Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (texte définitif).

⁶⁵³ THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 102.

⁶⁵⁴ Cass. Civ., 16 déc. 2009, n°09-10.209, Bull. Civ. 2009, III, n°287 ; Journal des sociétés, 1 avr. 2011, n°82, p. 28, note MAURY (F.) ; Cass. Com., 9 mars 1993, n°91-14.685. Confirmé par : Cass. Com. 4 févr. 2014, n°12-29.348, Bull. Civ. 2014, IV, n°31 ; *BJS*, 2014. 302, note SCHMIDT (D.) ; *Rev. Sociétés*, 2014. 426, note SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.*, 6-8 juill. 2014, p. 14, obs. DONDERO (B.) ; *D.*, 2014. 2441, obs. LAMAZEROLLES (L.).

du débiteur.

Faut-il donc en conclure que la reconstitution des capitaux propres devient obligatoire lors d'une procédure de redressement judiciaire ? *A priori*, la reconstitution des capitaux propres semble inévitable. Néanmoins, elle n'est pas obligatoire puisqu'elle est soumise à l'initiative de l'administrateur judiciaire, qui a la compétence de saisir le juge, puis au président du tribunal qui prendra la décision de nommer un mandataire ad hoc⁶⁵⁵.

211. Si ces personnes enclenchent la procédure de reconstitution « *forcée* » des capitaux propres, cela remettra en cause le principe de la souveraineté des assemblées.

2 - L'atteinte faite à la souveraineté de l'assemblée des associés

212. Le refus des associés de reconstituer les capitaux propres, lorsque la société est en procédure de redressement judiciaire, pourra entraîner la nomination d'un mandataire chargé de voter en lieu et place des associés opposants afin d'assurer la reconstitution des capitaux propres. L'article L. 631-9-2 du Code de commerce porte donc atteinte au principe de souveraineté de l'assemblée.

213. Une reconstitution imposée en procédure de redressement judiciaire. La reconstitution des capitaux propres n'est pas une condition suffisante pour l'adoption d'un plan de continuation. Le juge peut donc arrêter un plan même si les capitaux propres ne sont pas reconstitués. La seule condition pour rendre cette reconstitution obligatoire, c'est la mention dans le plan d'une modification du capital social⁶⁵⁶.

Cette contrainte pour les associés figure à l'article L. 631-9-1 du Code de commerce⁶⁵⁷ qui dispose que : « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital, à hauteur du minimum prévu au même article, 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 respecter le plan* ». S'il est fait droit à cette

⁶⁵⁵ En ce sens : THOMAS (V.), « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 102.

⁶⁵⁶ V. *CA Bordeaux*, 2^e ch., 25 nov. 1993, *Sté Satai c/ Bouffard ou CA Paris*, 5^e ch. C, 4 févr. 2000, *SA Deny c/ Sté CTV* : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2021-2022, n°531.231, p. 1558.

⁶⁵⁷ Voir sur cet article : MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, mai-juin 2014, p.178. ; Voir aussi : MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au « Droit des sociétés en difficulté » », *Dr. et patr.*, Juillet 2014, 238, p. 69.

demande, le président de la juridiction fixera l'ordre du jour de l'assemblée, qui sera tenue selon les dispositions du droit des sociétés⁶⁵⁸. Son ordonnance sera susceptible d'appel⁶⁵⁹.

On incite donc les associés à reconstituer les capitaux propres sous la menace de la désignation d'un mandataire qui voterait à leur place, lorsque le projet de plan aura prévu une modification du capital social⁶⁶⁰. Les associés conservent tout de même leur droit de vote, comme en procédure de sauvegarde, conformément à l'article L. 631-9 I alinéa 4 qui dispose que « *les assemblées sont appelées à délibérer sur chacun des projets de plans arrêtés* ».

La question se pose alors de l'opportunité de cette obligation de reconstitution des capitaux propres. Elle dépendra des nécessités de l'entreprise et de l'exigence du repreneur. Cette appréciation sera laissée aux organes de la procédure qui restent libres de juger de l'utilité ou non de cette reconstitution.

Le législateur veut favoriser la prise de contrôle de la personne morale par de nouveaux investisseurs⁶⁶¹. La reconstitution des capitaux propres est alors un préalable à l'augmentation de capital permettant de faire entrer le nouveau repreneur⁶⁶². Cette pratique aura pour avantage de diluer les anciens associés déjà présents si la société procède d'abord à un coup d'accordéon. Une partie de la doctrine mentionne « *l'hypothèse d'une exclusion qui tait son nom* »⁶⁶³, car l'augmentation de capital mentionnée à l'article L. 631-9-1 du Code de commerce semble être réservée à une personne extérieure à la société. Le texte évoque en effet une personne qui s'engage à exécuter le plan. Les associés déjà présents dans la société ne pourraient participer à l'augmentation de capital, ce qui entraînerait leur éviction totale ou partielle.

Ce nouveau dispositif permet donc en portant atteinte au droit de vote des associés⁶⁶⁴, de contourner la paralysie qu'ils pourraient initier par leurs droits politiques. Ce blocage est souvent dû au risque que cette opération peut entraîner pour les associés présents, dont les

⁶⁵⁸ C. Com. Art. R. 631-34-7.

⁶⁵⁹ C. Com. Art. R. 631-34-6.

⁶⁶⁰ MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, 1 mai 2014 n°3, p.178 ; LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115.21, p. 431 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1022, p. 684.

⁶⁶¹ Qui peut être soit un tiers à la société, soit un créancier qui intégrera le capital par une conversion de créance en capital, communément appelé par la pratique : « *Lenders led* ».

⁶⁶² Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; <http://www.senat.fr/rap/115-090/115-09010.html>, le 21/10/2021.

⁶⁶³ OUTIN-ADAM (A.), ALEXANDRE-CASSELI (C.), ZOLOMIAN (M.), « Le droit des entreprises en difficulté en 3D », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (M.)*, LexisNexis-L.G.D.J., 2015, p. 626.

⁶⁶⁴ À noter que toute convention de vote semble également privée d'effet : SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

participations seront diluées⁶⁶⁵.

214. L'imprécise formulation d'associé opposant. L'article L. 631-9-1 mentionne également l'hypothèse d'un associé *opposant*⁶⁶⁶. Ce terme d'« *opposant* »⁶⁶⁷ qualifie l'associé qui aura émis un vote défavorable lors de l'assemblée. Cette notion soulève plusieurs interrogations, s'agissant des règles de quorum⁶⁶⁸. La privation du droit de vote de l'associé sanctionne-t-elle le rejet de la recapitalisation par la société ou le comportement de l'associé⁶⁶⁹? Le mandataire judiciaire aurait compétence pour voter à la place de tous les associés ayant empêché l'issue favorable de la reconstitution, l'abstention pourrait donc être également pénalisée⁶⁷⁰. Néanmoins, si l'on interprète *stricto sensu* le texte, seuls les associés ayant manifesté expressément leur opposition seraient éventuellement représentés par le mandataire. Les blocages sont ainsi évités, car l'associé qui refusera se verra dépossédé de son vote⁶⁷¹. Cette solution favorise également les projets de plan⁶⁷². La solution d'une reconstitution imposée est spécifique au droit des entreprises en difficulté, elle prive l'associé du choix que lui offre le droit des sociétés entre la continuation ou la dissolution de la société.

On peut également se demander si les formalités tenant au refus de reconstitution doivent quand même être appliquées. Dans le cas d'un vote défavorable à la reconstitution des capitaux propres, le règlement R. 631-34-5 dispose que la décision des associés doit apparaître dans le procès-verbal.

215. Une application restrictive du dispositif. Toutefois, malgré la contrainte que peut entraîner ce dispositif pour les associés, certains auteurs le trouve « *bien timide* »⁶⁷³. Toutes les sociétés en cessation des paiements n'ont pas leurs capitaux propres inférieurs à la moitié

⁶⁶⁵ LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelle responsabilité ? (1ère partie), *Rev. Proc. Coll.*, Juill. 2014, dossier 36, §7.

⁶⁶⁶ LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, juin 2014, n°6, ét. 11.

⁶⁶⁷ C'est l'action de s'opposer à un courant de pensée : « *Personne qui s'oppose à une décision, à un gouvernement, à une majorité...* » : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/opposant/56224>, le 21/10/2021.

⁶⁶⁸ MONSERIE-BON (M.-H.), « Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites : Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté », *Dr. et. Patr.*, Juillet-août 2014, p. 69 et s. ; LUCAS (F.-X.), « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, 1 mars 2014 n°2, p.111.

⁶⁶⁹ Sur ce raisonnement : V. OUTIN-ADAM (A.), ALEXANDRE-CASSELLI (C.), ZOLOMIAN (M.), « Le droit des entreprises en difficulté en 3D », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (M.)*, LexisNexis-L.G.D.J., 2015, p. 627.

⁶⁷⁰ LUCAS (F.-X.), « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, 1 mars 2014 n°2, p.111.

⁶⁷¹ Cette mission est confiée au mandataire.

⁶⁷² LUCAS (F.-X.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS*, 1 juin 2014 n°6, p. 403.

⁶⁷³ LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115-21, p. 431 ; En ce sens également : DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014, *D.*, 2014, p. 752 s, spéc, p. 753.

de leur capital social⁶⁷⁴. L'actionnaire prévoyant pourra procéder à un rééquilibrage des fonds propres avant l'ouverture de la procédure collective⁶⁷⁵. La transformation de la société pourra également constituer une alternative à la reconstitution du capital⁶⁷⁶. Enfin, il faudra trouver un tiers ayant les ressources nécessaires pour diluer la participation de l'actionnaire existant, s'il souhaite prendre le contrôle de la société. En effet, l'augmentation du capital pourra être imposée⁶⁷⁷, contrairement à la réduction préalable du capital social⁶⁷⁸.

216. L'atteinte au principe d'intangibilité des engagements des associés.

L'article L. 631-9-1 du Code de commerce consacre la possibilité d'obliger les associés à faire un nouvel apport, bien que le caractère obligatoire de la reconstitution des capitaux propres ne ressorte pas expressément de l'interprétation du texte⁶⁷⁹. Pourtant le rapporteur du projet de loi a approuvé « *l'obligation préalable de reconstituer les capitaux propres* »⁶⁸⁰. Les associés sont donc invités à assainir la situation financière de la société, pour favoriser l'entrée d'un tiers et ne pas laisser sans suite les engagements qu'ils ont contracté. Ces contraintes imposées à l'associé vont à l'encontre nombreux principes de notre droit positif. Principalement l'article L. 631-9-1 du Code de commerce qui semble déroger au principe d'intangibilité des engagements des associés⁶⁸¹. Ce principe est pourtant rappelé par le droit des entreprises en difficulté à l'article L. 626-10 du Code de commerce qui dispose que « *les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation, sous réserve des dispositions prévues aux articles L626-3 et L626-16* ». Cette disposition réaffirme nettement l'application du principe d'intangibilité des engagements des associés dans le droit des entreprises en difficulté, mais autorise une exception pour la reconstitution du

⁶⁷⁴ LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°115.21, p. 431.

⁶⁷⁵ Ce rééquilibrage pourra notamment être fait par l'incorporation des créances en compte courant ou par une réduction du capital social.

⁶⁷⁶ L'utilisation de cette restructuration ne pourra être utilisée que dans le cadre d'une société anonyme ou une société européenne qui exige un capital minimum de 37 000 et de 120 000 euros. Pour ces sociétés une transformation en société à responsabilité limitée ou en société par actions simplifiée, qui peuvent être constitué avec un capital d'un euro, la transformation pourrait éviter la reconstitution des capitaux propres, s'il y a par exemple un peu d'argent dans les réserves. GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, Economica, 1999, n°127.

⁶⁷⁷ Cf. *Infra*. n°240.

⁶⁷⁸ DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, p. 752, spéc. p. 753.

⁶⁷⁹ Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; <http://www.senat.fr/rap/115-090/115-09010.html>, le 21/10/2021.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les retouches apportées au « Droit des sociétés en difficulté » », *Dr. et patr.*, juillet 2014, p. 69, n°238.

capital. L'atteinte est d'autant plus importante, que depuis la loi de modernisation de la justice, l'administrateur peut proposer un appel de fonds aux associés conduisant à hisser le capital social à un niveau supérieur au minimum légal.

217. L'atteinte au principe de responsabilité limitée. Tout associé qui s'engage à constituer une société à responsabilité limitée, entend limiter son risque à la somme de ses apports. Comme l'avait exprimé le Doyen Ripert sur les acteurs économiques : « *ils entendent être protégés si la bourrasque souffle* »⁶⁸². Cette conception est une application de la conception libérale de notre droit des affaires. Les dispositifs qui contraignent les associés ne manqueront pas d'être dissuasifs et pourront entraver les mécanismes sociétaires favorables à la création d'entreprise. De telles contraintes peuvent être vues comme une contrepartie à la suppression du capital minimum et relever de l'inévitable part du risque pesant sur le créateur d'entreprise. La création d'entreprise est certes vertueuse, elle est un vecteur du développement économique, mais sous la réserve de fortes motivations de l'entrepreneur. La contribution de l'associé, amoindrie par l'institution de capitaux faibles, serait justement compensée par l'institution d'un devoir de soutien envers l'entreprise en difficulté. C'est en effet sur cette condition de la contribution de l'associé que repose pour une large part la protection des créanciers. Le professeur Didier souligne justement que « *les risques auxquels les actionnaires se soustraient, ce sont les créanciers qui les assument* »⁶⁸³.

218. L'atteinte aux dispositions européennes. Par ailleurs, il faut considérer qu'il n'y a pas d'immixtion caractérisée de l'ordre judiciaire⁶⁸⁴, dès lors qu'un mandataire est nommé, il reviendrait à la seule volonté de celui-ci de forcer la reconstitution des capitaux propres, même si cela paraît audacieux.

Pourtant le juge dispose incontestablement de la possibilité d'intervenir sur une décision sociale. Cette mesure est donc en opposition avec les principes européens limitant l'intervention du juge dans la gestion de l'entreprise. Ni les organes de la société, ni les organes de la procédure collective ou le juge ne devraient imposer un effort financier non consenti à l'associé ou à l'actionnaire. Le professeur Menjucq souligne néanmoins que « *le droit de vote de*

⁶⁸² RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1951, n° 91 et 92, p. 206.

⁶⁸³ DIDIER (P.), « Théorie économique et droit des sociétés, Droit et vie des affaires », in *Études à la mémoire d'A. SAYAG*, Litec, 1997, p. 227, spéc. 233.

⁶⁸⁴ *A contrario*, cet article semble porter atteinte au principe de non immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise, notamment à la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale : LELIEVRE (Y.), CHRIQUI (H.), COHEN (S.), LIENHARD (A.), GERMAIN (M.), « Projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, réponse à la consultation de la chancellerie », lundi 13 janvier 2014.

l'associé dépend de la loi de l'État du siège social»⁶⁸⁵, le droit de l'Union européenne défend et favorise la souveraineté des associés.

En effet, les dernières directives pour les sociétés cotées favorisent l'exercice du droit de vote. La directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007⁶⁸⁶ facilite l'exercice du droit de vote des actionnaires de sociétés cotées, améliore l'accès à l'information et tend à casser les frontières de l'UE⁶⁸⁷. Le but de cette directive est de lever les obstacles qui pourraient bloquer le droit de vote des actionnaires non-résidents, mais également d'harmoniser ces règles au sein de l'UE, notamment par le vote électronique⁶⁸⁸. La directive de no2007/36/CE du 11 juillet 2007 permet également de désigner comme mandataire toute personne physique ou morale et pas seulement un autre actionnaire. Cette personne qui pourrait être un conseil pourra participer et voter en son nom.

Dans la continuité, l'un des objectifs de la directive de l'Union européenne n°2017/828 du 17 mai 2017 qui modifie la directive de 2007/36/CE est « *la facilitation de l'exercice des droits des actionnaires, notamment le droit de participer aux assemblées et d'y voter* »⁶⁸⁹. L'objectif de cette directive est de remédier à deux problématiques : « *l'engagement insuffisant des actionnaires et le manque de transparence tant dans la gouvernance des sociétés, que chez les investisseurs institutionnels et leurs prestataires* »⁶⁹⁰. L'objectif de cette directive est d'impliquer davantage les associés de société cotées dans la vie de la société par la promotion de l'exercice de leurs droits politiques. Le droit de l'Union européenne a donc plutôt tendance à protéger les droits politiques des associés.

C'est ce qu'affirme le droit de l'Union européenne de façon générale pour toutes les sociétés. La reconstitution forcée des capitaux propres se heurte en effet à la 2^e directive 77/91/CEE du 13 décembre 1976 qui érige en principe la souveraineté de l'assemblée générale en matière

⁶⁸⁵ MENJUCQ (M.), *Droit international et européen des sociétés*, L.G.D.J., Domat Droit privé, 5^{ème} éd. 2018, n°118, p. 115.

⁶⁸⁶ Concernant l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées.

⁶⁸⁷ MALECKI (C.), « L'actionnaire sans frontières et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées », *BJS*, 1 sept. 2007, n°9, p. 927 ; GUYADER (H.), « L'actionnaire transnational et la directive n°2007/36/CE du 11 juillet 2007 », *BJB*, n°3, p. 265 ; FOMBEUR (P.), « Les enjeux européens pour le droit français », *LPA*, 30 nov. 2010, n°238, p. 13 ; « Simplification et harmonisation du droit des sociétés avec les standards européens », *BJS* juin 2015, n°6, p. 270.

⁶⁸⁸ CAPRIOLI (E.), « Le vote électronique dans les assemblées générales », *Dr. Et Patr.*, nov. 2003, p. 93 ; GOFFRAUX-CALLEBAUT, « Les bonnes pratiques du vote électronique », *Communication Commerce Electronique*, oct. 2006, Étude 24.

⁶⁸⁹ « Droit européen : les nouvelles mesures destinées à favoriser les droits des actionnaires », *Deffrénois*, 12 juin 2017, n°23, p. 8 ; COUPET (C.), « Révision de la directive Droit des actionnaires », *BJS*, 1 juill. 2017, n°4, p. 276 ; Règlement d'exécution (UE) n°2018/1212 de la directive n°2007/36/CE Droit des actionnaires fixe les exigences minimales pour l'application de la directive n°2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées. GILBERT (F.), « Règlement d'exécution (UE) n°2018/1212 de la directive n°2007/36/CE Droits des actionnaires », *BJB*, nov. 2018, n°117x2, p. 34, n°6, p. 34.

⁶⁹⁰ COUPET (C.), « Révision de la directive Droit des actionnaires », *BJS*, 1 juill. 2017, n°4, p. 276.

de modifications statutaires et d'opérations sur le capital⁶⁹¹. La seule exception à l'application de cette directive vient d'être admise dans un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 novembre 2016⁶⁹². L'article 8, paragraphe 1, ainsi que les articles 25⁶⁹³ et 29 de la deuxième directive 77/91/CEE tentent de coordonner les dispositions entre les états, surtout selon l'alinéa 2 de l'article 54 du TFUE qui protège les associés. Toutefois, une disposition étatique peut imposer aux associés de recapitaliser leur société par décision judiciaire si cette absence d'apport peut entraîner « *une 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 de celle-ci* ». Le droit de l'Union européenne atténue donc la rigueur de ses principes, pour assurer la protection de l'ordre public économique de direction⁶⁹⁴. Cependant, l'application de l'article L. 626-3 alinéa 2 dans les conditions présentement évoquées manque d'évidence, tant la condition de protection de l'économie sera exceptionnelle⁶⁹⁵.

219. L'obligation de secours de l'associé comme raison légitime. L'article L. 631-9-1 du Code de commerce est toutefois en cohérence avec un devoir de secours de l'associé envers la société⁶⁹⁶. C'est ainsi que le projet de loi motive son texte : « *Il ressort bien du devoir des actionnaires d'exercer leur rôle auprès de la société* »⁶⁹⁷. Ainsi, les contraintes pesant sur l'associé par ailleurs difficilement justifiables, sont légitimes par référence à des devoirs de l'associé envers la société.

⁶⁹¹ Pour des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes sur l'application de la directive indépendamment de l'activité et des difficultés de l'entreprise : V. la note du professeur LE CANNU (P.), sous CJCE, 24 mars 1992, *Vasko SA et a. c/ AOE* : BJS 1992, p. 6723 ; V. également : CJCE, 6^e ch., 30 mai 1991, *Karella e.a / Ypourgio viomichanias, energieas & technologias e.a* : BJS, 1991, p. 1143, § 400, note SAINTOURENS (B.) ; CJCE, 12 mars 1996, n° C-441/93, *Panagis Pafitis e.a. c/ trapeza Kentrikis Ellados e. A*, BJS oct. 1996, n°285, p. 814, note SAINTOURENS (B.).

⁶⁹² En l'espèce, une « *ordonnance d'injonction* » imposée non pas à la banque mais aux associés de la société holding, d'augmenter le capital en émettant des actions nouvelles : CJUE, 8 nov. 2016, n°C-41/15, BJS, 1 mai 2017, n°5, p. 303, note GAUDEMET (A.).

⁶⁹³ Art. 25 de la deuxième directive 77/91/CEE : « *Toute augmentation de capital doit être décidée par l'assemblée générale* ».

⁶⁹⁴ En l'espèce, l'ordre public économique de direction défend les intérêts de notre système et de tous ses agents économiques. Il a pour objectif de palier l'éventualité d'une faillite d'un établissement financier qui pourrait avoir des conséquences graves sur l'ensemble de l'économie nationale et européenne. V. note CJUE, 8 nov. 2016, n°C-41/15, BJS, 1 mai 2017, n°5, p. 303, note GAUDEMET (A.).

⁶⁹⁵ Il en est différemment pour le dispositif d'augmentation forcée. Cf. *Infra*. n°255.

⁶⁹⁶ Sur la thèse contraire d'absence de « *devoir de sauvetage* » de la société débitrice avant la réforme de 2014 : CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, p. 275, n°351 ; DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, th. Paris X, 2005, n°306 ; LUCAS (F.-X.), « *Les associés et la procédure collective* », in « *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives* », LPA, 9 janv. 2002, p.47, §. 13 et s. ; COQUELET (M.-L.), « *Risques et responsabilités des associés d'une société en procédure collective* », *Rev. Proc. Coll.*, 2010, p. 79.

⁶⁹⁷ Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

220. Contre cette mesure dérogatoire à ses droits politiques et financiers, l'associé disposera de recours limités.

B) La limitation de l'appel contre le dispositif afin de préserver sa réalisation

221. Malgré la contrainte de ce dispositif à l'égard de l'associé, aucune voie de recours n'a été prévue. Cette absence de précision semble légitime, ce dispositif étant destiné au sauvetage de l'entreprise sera difficile à remettre en cause.

222. **Les voies de recours de l'associé contre le dispositif de reconstitution des capitaux propres forcée.** On peut d'abord s'étonner de l'absence de recours, prévu par le droit des procédures collectives, contre cette obligation de reconstituer les capitaux propres. Malgré la sévérité du dispositif pour les associés, le législateur n'a pas prévu de possibilité d'appel ou de pourvoi en cassation contre ce dispositif de reconstitution du capital imposée. Étrangement, cette capacité de l'associé à exercer un recours a été envisagée pour le dispositif de cession forcée des titres de l'associé prévu à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce⁶⁹⁸. Pour la cession forcée des titres, l'appel ou la cassation est ouverte à plusieurs personnes dont le débiteur, l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire, le comité d'entreprise, les associés ou actionnaires concernés par la mesure, les cessionnaires et le ministère public⁶⁹⁹. Ce dispositif de cession imposée, dans son application, n'est pourtant pas si différent de celui de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce. Comme pour la reconstitution du capital, le mandataire vote en lieu et place des associés s'opposant à une restructuration déterminante pour le sauvetage de la société.

Il convient de préciser que les voies de recours en matière de procédure collective sont limitées⁷⁰⁰, le législateur voulant stabiliser les décisions relatives au traitement de l'entreprise⁷⁰¹. Les partenaires de l'entreprise peuvent en général être entendus avant la décision du juge. Le juge, statuant sur le sort de l'entreprise, protège un intérêt supérieur, qui pèse plus que les intérêts personnels des partenaires de l'entreprise, dont font partie ceux des associés. C'est pourquoi, les voies de recours, lorsqu'elles ont été envisagées, sont très encadrées.

En l'absence de disposition du droit spécial, les voies de recours du droit commun restent

⁶⁹⁸ Cf. *infra*. n°285.

⁶⁹⁹ V. C. Com. Art. L. 661-1-6 bis, I.

⁷⁰⁰ Sur les restrictions à l'exercice des voies de recours : VOINOT (D.), *Procédures collectives*, coll. Cours, L.G.D.J., LMD, Paris, éd. 2013, n°318, p. 120.

⁷⁰¹ STAES (O.), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse 1, 1995, n°416, p. 395.

applicables⁷⁰². Cependant l'appel de la décision de reconstitution du capital semble superflu, dans la mesure où les appels qui sont faits par une partie pour défendre ses propres intérêts sans proposer de solution au traitement de l'entreprise ne peuvent aboutir, le juge ne statuant que sur le sort de l'entreprise⁷⁰³. L'appel de l'associé opposant paraît donc illusoire, tant la solution de reconstitution semble inévitable. L'absence de voie de recours peut donc être justifiée par la volonté du législateur d'éviter que les associés ne mettent en place des stratégies dilatoires et dépourvues d'intérêt pour l'entreprise. La reconstitution est une opération déterminante du sort de l'entreprise et les associés doivent logiquement se trouver limités dans leur moyen de contester une telle mesure.

223. Conclusion Section II. La participation contrainte de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté dépendra ainsi de la procédure collective en jeu. Alors que l'associé demeure souverain sur l'adoption d'une reconstitution des capitaux propres en procédure de sauvegarde, il pourra toutefois être contraint en procédure de redressement judiciaire. L'existence d'un principe impliquant l'associé aux fins d'un sauvetage de l'entreprise serait ainsi limitée à la procédure de redressement judiciaire dans cette hypothèse.

⁷⁰² DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, D., 3^{ème} éd. 1991, p. 184, n°298 ; STAES (O.), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse 1, 1995, n°416, p. 395.

⁷⁰³ STAES (O.), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse 1, 1995, n°420, p. 398.

Conclusion du chapitre II.

224. Le traitement des difficultés d'une entreprise suppose de nouveaux financements. Si les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, plusieurs mesures impliqueront l'associé qui devra prendre les mesures nécessaires à leur reconstitution.

225. En droit des sociétés, le refus par l'associé de reconstituer les capitaux propres entraîne la dissolution de la société. Le droit des procédures collectives déroge aux dispositions du droit des sociétés, l'article L. 626-3 du Code de commerce écartant implicitement la dissolution de la société en cas de refus de reconstitution des capitaux propres par l'associé. Ce dispositif excluant la dissolution facilite l'obtention de la trésorerie nécessaire et favorise une reprise interne. On peut toutefois regretter que le champ d'application de la mesure soit aussi étroit, se limitant aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêts économiques. En effet, l'article R. 626-1 du Code de commerce vient préciser en renvoyant aux dispositions du droit des sociétés que cette obligation ne concerne que les associés des personnes morales susmentionnées. On peut regretter que cette obligation n'ait pas été étendue aux associés de sociétés civiles exerçant une activité, la reconstitution des capitaux propres intéressant toutes les sociétés en difficulté. L'obligation de reconstituer des capitaux propres apparaît comme une étape nécessaire au traitement des difficultés d'une entreprise. La jurisprudence a précisé que la reconstitution des capitaux propres n'était pas une condition à l'adoption d'un plan de continuation, la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise par la reconstitution des capitaux propres demeurera pourtant le plus souvent déterminant.

226. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise par la reconstitution des capitaux propres diverge selon la procédure collective en jeu.

227. En procédure de sauvegarde, le droit des procédures collectives demeure respectueux du droit des sociétés et la contrainte de l'associé est faible. La convocation des associés se fait selon les dispositions du Livre II du Code de commerce, l'intervention de l'organe judiciaire n'est prévue qu'en cas de carences des organes de la société. L'attribution de cette compétence à l'administrateur judiciaire doit être appréciée comme une garantie pour l'associé qui sera tenu informé de la situation de l'entreprise. Cependant, la contrainte se limite à cette convocation de l'associé qui conservera toute latitude de vote. La souveraineté de l'assemblée est ainsi respectée conformément à de nombreux principes du droit des sociétés et du droit des

entreprises en difficulté lequel souhaite rendre attractive la procédure de sauvegarde, même à laisser l'associé la possibilité mettre en échec l'adoption du plan.

228. En procédure de redressement judiciaire, la reconstitution des fonds propres s'imposera à l'associé si ceux-ci sont réduits à une valeur inférieure à la moitié du capital social, cela cependant sous la condition qu'un repreneur ait formulé une offre qui donne à l'entreprise une chance d'être redressée. Le législateur laisse donc aux organes de la procédure le soin d'apprécier si les conditions requises pour contraindre l'associé sont réunies. La vérification des chances de redressements et de reprise de l'entreprise est particulièrement nécessaire. En effet, dans l'hypothèse d'une résolution du plan, le paiement servirait exclusivement au remboursement des créanciers et détournerait le droit à une responsabilité limitée des associés. L'implication de l'associé ne se matérialise que pour assurer la poursuite de l'activité, l'associé se trouvant contraint au renflouement des fonds entamés par les pertes, contrevenant à l'intangibilité des engagements des associés. Ces mesures coercitives, vis-à-vis de l'associé et au profit de la société, permettent de vérifier que l'associé peut-être financièrement contraint à participer au sauvetage de l'entreprise⁷⁰⁴. Tout au plus peut-on noter que le législateur n'a pas cru bon de soumettre le dispositif à recours. L'associé est ainsi privé de toute possibilité de relever appel de la décision lui imposant la reconstitution des capitaux propres. Ces singularités marquent la volonté du législateur de privilégier le sauvetage de l'entreprise sans grande considération de l'associé.

⁷⁰⁴ Sur la responsabilité financière de l'associé en droit des entreprises en difficulté : PARACHKEVOVA (I.), « L'associé responsable », *BJS*, 1 avr. 2015, n°4, p. 165 ; Sur la responsabilité de l'associé comme « *concept émergent* » du droit des entreprises en difficulté : V. note FAVARIO (T.), sous Cass. Com., oct. 2012, n°11-18.460, *BJE*, 1 janv. 2013, n°1, p. 39.

Conclusion du titre I.

229. Ce premier travail, cherchant à identifier une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, a révélé que l'associé est d'abord impliqué financièrement dans la réorganisation de l'entreprise. Deux mesures permettent de vérifier la volonté du législateur d'impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise : l'une imposant l'exigibilité immédiate de la dette d'apport⁷⁰⁵, l'autre lui imposant à reconstituer les capitaux propres⁷⁰⁶.

230. La mobilisation de financement au service du sauvetage d'entreprise en difficulté a orienté les récentes mesures prises par le législateur à l'égard de l'associé. L'impérieux sauvetage de l'entreprise justifie des dispositions dérogatoires à celle du droit des sociétés et le cas échéant au contrat de société. L'exigibilité de la dette d'apport dès le jugement d'ouverture associée à une certaine tolérance admise dans les modalités de la libération des apports souscrits après le jugement d'ouverture, ne trouvent de cohérence que dans cet objectif de recherche de financement.

Si ces mesures paraissent incontestablement servir les intérêts de l'entreprise, c'est sur l'intérêt des créanciers et la fonction du capital social vu comme un gage des créanciers, que le législateur s'est appuyé pour donner cette compétence au mandataire. L'exigibilité de l'apport non libéré va en effet servir les intérêts des créanciers. Cependant, il eut été tout aussi légitime de confier cette compétence de l'appel de l'apport non libéré à l'administrateur judiciaire, lequel représente les intérêts de l'entreprise. Cette solution eut été cohérente avec cette orientation du législateur vers plus de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

231. En droit des procédures collectives, l'autre dispositif impliquant financièrement l'associé concerne le renflouement des capitaux propres de la société dont le niveau est inférieur à la moitié du capital social. La reconstitution des capitaux propres redonnera à l'entreprise des moyens financiers nécessaires à son rétablissement.

L'intérêt de la reconstitution des capitaux propres pour le sauvetage de l'entreprise apparaît clairement à l'examen des modalités propres à cette mesure. Contrairement aux dispositions du droit des sociétés, le défaut de reconstitution des capitaux propres, n'entraîne pas *de facto* la dissolution de la société⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ C. Com. Art. L. 624-20.

⁷⁰⁶ C. Com. Art. L. 626-3 ; C. Com. Art. L. 631-9-1.

⁷⁰⁷ C. Com. Art. L. 626-3.

La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise variera selon la procédure collective. En procédure de sauvegarde, le droit des entreprises en difficulté demeure respectueux des droits de l'associé. L'associé sera tout au plus destinataire d'une convocation aux fins de voter la reconstitution des capitaux propres, dans les conditions prévues par le droit des sociétés. La souveraineté de l'assemblée est alors respectée, cela pour répondre à l'objectif d'attractivité de la procédure de sauvegarde. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise est ici très relative, l'associé pourra toujours faire à l'échec à l'adoption du plan. Elle sera plus forte en procédure de redressement judiciaire, la décision des associés en vue de la reconstitution des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social pouvant être contrainte. L'atteinte ainsi faite aux droits de l'associé est soumise aux conditions d'un sauvetage de l'entreprise et de reprise interne. Le législateur n'hésite ainsi pas à remettre en cause le principe d'intangibilité des engagements des associés, pour préserver l'entreprise. L'étude a ainsi permis d'identifier une première participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, où l'associé se trouve contraint à une participation financière.

TITRE II

Le sauvetage de l'entreprise par la participation de l'associé à la reprise interne de la société

232. Les sociétés en difficulté sont en quête de celui qu'on appelle parfois le « *business angel* »⁷⁰⁸. L'investisseur providentiel qui apportera les ressources nécessaires à la continuation de l'entreprise. De manière générale, l'entrée de nouveaux investisseurs est une condition au sauvetage de l'entreprise, les associés en place sont bien souvent insolvable lors de l'entrée de la société en procédure collective⁷⁰⁹. N'ayant plus la capacité financière pour apurer son passif, la société devra se tourner vers de nouveaux investisseurs désireux d'acquiescer ou de prendre part à cette entreprise⁷¹⁰.

233. Le fonctionnement d'une société est conditionné par le principe de l'*affectio societatis*⁷¹¹. Pourtant, l'urgence de la situation financière de l'entreprise nécessite l'entrée de nouveaux associés choisis pour leur capacité financière et leur motivation. Les associés ou actionnaires anciens doivent donc consentir à certains sacrifices pour sauver l'entreprise. Ils doivent être prêts à « *accepter des « montages » juridico-financiers qui les évinceront plus ou moins sûrement* »⁷¹². Ce pourra être le cas lors d'une augmentation de capital, précédée ou non d'une réduction du capital.

234. Le droit des procédures collectives se doit de faciliter ces techniques sociétaires désormais nécessaires au sauvetage des entreprises en difficulté⁷¹³. Les mécanismes sociétaires doivent impérativement être adoptés, car leur réalisation conditionnera le sort de l'entreprise.

⁷⁰⁸ V. en ce sens : PARACHKEVOVA (I.), GASTAUD (J.-P.), THOMAS (V.), CAFFIN-MOI (M.), ROBINE (D.), LASSERE CAPDEVILLE (J.), « Les promesses de vente de titres », in dossier « *Les promesses de vente de titres* », Actes. prat. Ing. Sociétaire, LexisNexis Juris. Cl., janvier-février 2015, n°139, p. 7.

⁷⁰⁹ LUCAS (F.-X.), PORACCHIA (D.), « L'expropriation de l'associé qui ne finance pas la restructuration de la société en redressement judiciaire », in « *Le juriste dans la cité* », Études à la mémoire de NEAU-LEDUC (P.), L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 2018, n°4, p. 631.

⁷¹⁰ En ce sens : DE GIRVAL (C.), *Restructurations financières et droit français des entreprises en difficulté*, th. Lyon 2015, n°202, p. 163. Il a notamment été jugé que l'engagement d'un associé d'apporter des fonds en compte courant n'offre pas de possibilité de sauvegarde sérieuse, en raison de l'impossibilité pour cet associé de s'endetter : Cass. Com., 18 mars 2014, n°13-10.859., F-PB, *BJS*, 1 juin 2014, p. 410, note BARBIERI (J.-F.).

⁷¹¹ Cf. *Infra*. n°577.

⁷¹² BARBIERI (J.-F.), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA*, 30 septembre 2008, n°196, p. 6.

⁷¹³ Sur les différents intérêts de la reprise interne d'une société en difficulté : V. GAUDEMET (A.), MONSERIE-BON (M.-H.), « Reprise interne d'une société en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°6, nov. 2015, dossier 56.

C'est donc logiquement que le législateur met en œuvre un terrain favorable à la bonne fin de ces techniques juridiques.

Le droit des entreprises en difficulté va favoriser ces participations nouvelles en écartant les mécanismes du droit commun et en neutralisant le droit de vote de l'associé qui s'opposerait à une reprise interne. L'associé se doit de voter favorablement les restructurations nécessaires à la survie de l'entreprise. Cette privation des droits politiques de l'associé s'inscrit dans l'émergence d'un principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

235. La reprise interne par voie d'augmentation de capital forcée constitue la première manifestation de ce principe affectant les droits politiques de l'associé. Le vote négatif des associés à une reprise interne est un réflexe imaginable, dans la mesure où cette opération sociétaire aura pour effet de diluer leur participation. L'associé pourrait donc refuser de se pénaliser, même si cela risque d'entraîner la chute de l'entreprise. Afin d'éviter cette hypothèse, dommageable pour l'entreprise, le législateur prévoit de forcer l'augmentation de capital en donnant à un mandataire le droit de voter à la place des associés récalcitrants (**Chapitre I**).

236. La reprise interne par voie de cession forcée est la seconde manifestation de ce principe imposant à l'associé de soutenir l'entreprise en difficulté. L'associé qui fait obstacle aux restructurations indispensables à la relance de l'activité doit, le cas échéant, être écarté de la gouvernance de l'entreprise. Ces mesures radicales sont légitimes en ce qu'elles conditionnent le sauvetage de l'activité, l'intérêt de nombreux tiers et notamment le maintien des contrats de travail. L'associé dirigeant⁷¹⁴ et, depuis la loi Macron, l'associé non dirigeant⁷¹⁵, peuvent ainsi se voir ordonner la cession forcée de leurs titres au profit d'un tiers. Les mesures d'exclusion pesant sur les associés réfractaires consacrent ce principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté (**Chapitre II**).

⁷¹⁴ C. Com. Art. L. 631-19-1.

⁷¹⁵ C. Com. Art. L. 631-2, 2°.

CHAPITRE I

La participation de l'associé par l'adoption d'une augmentation du capital social

237. Le sauvetage de l'entreprise pourra être initié par l'entrée d'un tiers investisseur désireux de prendre le contrôle de l'entreprise en difficulté. La résistance éventuelle des associés en place, qui n'ont généralement plus les capacités financières pour soutenir l'entité sociale, devra être neutralisée. Certains associés ou investisseurs pourront ainsi profiter des difficultés de la société pour en prendre le contrôle⁷¹⁶. Ils poseront souvent comme condition l'obtention de la majorité des droits de vote, condition qui sera la contrepartie des engagements importants qu'ils prendront. Il paraît effectivement juste qu'ils reçoivent un droit de vote à la mesure des risques encourus⁷¹⁷.

238. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014⁷¹⁸, les droits politiques de l'associé ont ainsi été mis à mal au profit du sauvetage de l'entreprise⁷¹⁹, notamment dans les hypothèses d'entrée d'un tiers lors d'une augmentation de capital. L'associé pourrait en effet utiliser son droit de vote pour faire échec à l'entrée de nouveaux arrivants, car l'assemblée est seule habilitée à décider des restructurations et de la politique de la société. C'est pourquoi la maîtrise du droit de vote des associés par le droit des entreprises en difficulté constitue un des enjeux majeurs des dernières réformes.

⁷¹⁶ Sur cette notion de « contrôle » : V. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2019, nos^o 1519 et s., p. 1021.

⁷¹⁷ L'actionnaire entrant prend un risque bien plus significatif que les associés fondateurs qui ont investi dans la société alors qu'elle était encore *in bonis*. À juste titre ou pas, ils peuvent d'autant plus être considérés comme les responsables du naufrage de l'entreprise. La prise de contrôle sera une condition pour un repreneur se risquant à investir dans une entreprise en difficulté. À ce titre, un apport conséquent pourra lui permettre de prendre le contrôle conformément au principe de proportionnalité entre le droit de vote et la quotité de capital représentée (LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, nos^o 11 et s., p. 27 et s.). Cela ne devrait pas être compliqué dans la mesure où les actions d'une entreprise sous procédure collective ont déjà perdu une grande partie de leur valeur. D'une certaine façon, la puissance du vote de l'actionnaire dépend du risque financier de l'actionnaire.

⁷¹⁸ Ordonnance n^o2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

⁷¹⁹ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les associés », in MACORIG-VENIER (F.) (Dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 103.

239. La difficulté tient au fait que le droit de vote constitue un des « *droits sacrés* » de l'associé⁷²⁰. Certaines techniques sociétaires sont néanmoins si indispensables au traitement de la défaillance de l'entreprise que leur mise en échec par un droit de vote souverain pourrait entraîner de graves conséquences socio-économiques⁷²¹. La sauvegarde de ces enjeux implique donc une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, notamment par l'acceptation volontaire ou contrainte de l'entrée d'un tiers dans la société.

240. Le législateur a ainsi inséré dans le Livre VI du Code de commerce un mécanisme permettant de passer outre la volonté des associés qui refuseraient une augmentation de capital, alors que cette restructuration s'avère être la seule solution sérieuse pour éviter un trouble grave à l'économie et au bassin d'emploi. En ce sens, l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce, applicable uniquement en procédure de redressement judiciaire, dispose 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 actionnaires ayant refusé la modification de capital, à hauteur du montant prévu par le plan* ». Si un repreneur propose l'intégration de ce nouvel associé, désormais, la souveraineté de l'assemblée ne peut plus faire échec à une reprise interne nécessaire à la survie de l'entreprise dans le contexte du trouble grave à l'économie. Son droit de vote est désormais guidé par les organes de la procédure dans la logique d'un secours de l'associé envers la société.

241. Avant la loi Macron⁷²², le droit des entreprises en difficultés ne disposait que de simples menaces à l'encontre des associés pour les inciter à voter une restructuration essentielle⁷²³. C'est en ce sens que la loi Macron vient ajouter une pierre nouvelle à l'édifice du traitement des difficultés des entreprises⁷²⁴. Ce texte, qui s'inscrit dans la continuité de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, renforce les pouvoirs des créanciers dans la restructuration des entreprises en difficulté au détriment de celui des associés.

L'article L. 631-19-2 du Code de commerce a emprunté la voie déjà ouverte du rééquilibrage

⁷²⁰ Sur la sacralisation du droit de vote : CASTAGNE (S.), « « Vote » en faveur du droit de vote », *Dr. Sociétés*, 2000, p. 6 ; HOVASSE (H.), « Coup d'arrêt à la « désacralisation du droit de vote ? », *Dr. Sociétés*, 1999, p. 3 ; DAIGRE (J.-J.), « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP éd. E*, 1996, I, 575.

⁷²¹ Sur ces termes. V. Les modifications de la loi Pacte : Cf. *Infra*. n°463.

⁷²² Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁷²³ À cet effet, l'administrateur pouvait brandir la cession forcée des titres du dirigeant et essayer d'étendre ce dispositif à un associé en lui reconnaissant la qualité de dirigeant de fait (Cass. Com. 2 oct. 2012, n°11-18460 (n° F-D), *BJE*, 1 janv. 2013, n°1, p. 39, note FAVARIO (T.)). L'associé prenait également le risque de voir le plan des comités de créanciers supplanter celui du débiteur, mais il n'y avait jusqu'alors aucune obligation positive (DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc, Dalloz, avril 2018, n°270).

⁷²⁴ PARACHKEVOVA (I), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, n°10, p. 529.

des pouvoirs en faveur des créanciers et des tiers. Inspiré de droits étrangers⁷²⁵, cette loi met en place un dispositif d'éviction des associés afin de favoriser l'entrée dans le capital social des créanciers ou des tiers. Cette augmentation du capital par des tiers aura pour première conséquence une dilution forcée⁷²⁶ des associés ou actionnaires déjà présents. L'article L. 631-19-2 du Code de commerce introduit en effet deux mesures d'éviction des associés refusant l'adoption d'une augmentation du capital permettant l'entrée d'un tiers. Il s'agit des dispositifs de « *dilution forcée* » et de « *cession forcée* »⁷²⁷. L'étude ne portera que sur la mesure de « *dilution forcée* », le dispositif de « *cession forcée* » faisant l'objet d'un autre chapitre de la présente thèse.

242. Ce dispositif de dilution forcée ou d'augmentation de capital forcée n'est pas une nouveauté dans la mesure où le projet de loi de 1985 avait déjà entrevu la possibilité de contraindre les associés à voter une augmentation du capital nécessaire à la survie de la société. Ce texte ne fut finalement pas retenu, mais la loi du 6 août 2015⁷²⁸, dite loi Macron, est venue consacrer ce mécanisme d'augmentation de capital forcée à travers l'article L. 631-19-2 alinéa 1 du Code de commerce⁷²⁹. Néanmoins, cette mesure faillit être supprimée de la loi Macron, car soixante sénateurs avaient déposé une requête contestant la conformité à la Constitution de cet article L. 238⁷³⁰. Finalement, l'assemblée nationale prenait la décision de maintenir le texte.

243. Cette innovation démontre la détermination du législateur à privilégier le redressement de l'entreprise plutôt que la préservation des intérêts des associés. Le droit des entreprises en difficulté devait se réadapter aux exigences économiques modernes. Pourtant,

⁷²⁵ Inspiré tout d'abord du droit américain et de son chapter 11. Puis du droit allemand et de la loi dite « *ESUG* » qui permet depuis 2012 d'imposer aux actionnaires une conversion de créance en capital. Sur l'intérêt d'une conversion de créances en titres de capital : V. FARHI (S.), « La conversion de créances en titres de capital lors d'une procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, janv. 2019, étude 3.

⁷²⁶ LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd. 2021-2022, n°531.621, p. 1570.

⁷²⁷ V. Sur ces dispositifs : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1195, p. 792.

⁷²⁸ La loi n°2015-990 du 6 août 1995 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron. Plus exactement en son article 238.

⁷²⁹ V. Sur cet article : BLANC (G.), « Le dispositif de la loi Macron relatif aux entreprises de plus de cent cinquante salariés », *D.* 2015. 2460 ; CERATI-GAUTHIER, « Loi Macron : Les mécanismes de dilution forcée et de cession forcée ne sont pas contraires à la constitution », *JCP éd. E*, 2015, 1461 ; DAMMANN (R.), LUCAS (F.-X.), « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement », *BJS*, 2015, 521, 114c4 ; DEGENHART (E.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2015. 432 ; LE CORRE (P.-M.), « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20 oct. 2015 n°293, p. 7 ; PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015. 529, 114d3 ; ROUSSEL-GALLE (P.), « Brèves observations sur la cession forcée d'actions d'une entreprise en redressement judiciaire », *Rev. Sociétés*, 2015. 636 ; TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5.

⁷³⁰ Cons. Cont. 5 août 2015, n°2015-715 DC, n°141, *JCP éd. E* 2015, 1461, obs. CERATI-GAUTHIER (A.) ; *D.*, 2015, p. 1963.

certains auteurs ne cachent pas leur méfiance vis-à-vis de cette mesure qui pourrait s'avérer dangereuse⁷³¹. Certains considèrent que le législateur n'a pas été assez loin⁷³², tandis que d'autres, plus mesurés, trouvent cette mesure « *ni suffisamment utile, ni suffisamment efficace* »⁷³³. Cependant, tous s'accordent à dire que le redressement de la société ne doit plus être soumis à la volonté des associés.

244. De prime abord, il sera intéressant d'analyser le contenu de cette mesure, qui laisse subsister de nombreuses interrogations quant à ses conditions d'application et à leur caractère trop restrictif. En parallèle, on peut reconnaître les avantages que dispense le maintien du droit préférentiel de souscription, qui permet de créer une émulation bénéfique entre les associés en place et le repreneur. L'associé pourra ainsi éviter d'être dilué en participant à l'augmentation de capital et donc au sauvetage de l'entreprise (**Section I**). En revanche, il ne pourra pas faire échec à la décision d'augmentation de capital, car en cas de refus il sera privé de ses droits politiques. Cette atteinte aux droits de l'associé est justifiée par l'intérêt social, elle accrédite l'existence d'un principe impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté (**Section II**).

⁷³¹ VERMEILLE (S.), « Le volet droit des faillites de la loi « Macron » : une intention louable au départ, mais un résultat dangereux à l'arrivée », *D.*, 2015, p. 382 ; TEBOUL (G.), « Le volet « entreprise en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2015, p.4, n°216.

⁷³² DAMMAN (R.), PODEUR (G.), « Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, janv. 2015, p. 1, n°111 ; ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, n°6, 2016, p. 432.

⁷³³ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529 ; TEBOUL (G.), « Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2015 n°71, p. 4.

SECTION I

L'associé exceptionnellement contraint de favoriser une reprise interne par augmentation de capital

245. L'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce instaure un dispositif, d'augmentation de capital forcée, destiné à redresser l'entreprise en faisant participer l'associé. Si l'initiative de la mesure est louable, sa réalisation demeure inachevée. Outre les interrogations que pose le texte par son imprécision, on peut également regretter le manque d'audace du législateur qui aurait pu alléger les conditions d'application de ce dispositif (§I). Malgré ces quelques lacunes, ce dispositif marque clairement cette idée de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, lequel ne pourra utiliser les statuts ou une autre convention, prévoyant une clause d'agrément, pour faire échec à l'entrée d'un tiers. Il reste que c'est par sa participation à l'augmentation de capital, que l'associé pourra conserver le contrôle de la société au moyen de son droit préférentiel de souscription (§II).

§I - Les lacunes du dispositif d'augmentation de capital forcée

246. Plusieurs points du dispositif d'augmentation de capital forcée auraient mérité d'être précisés. De nombreuses zones d'ombre restent à éclaircir (A). On peut également reprocher l'application trop restrictive de ce dispositif, qui ne va concerner qu'une minorité d'entreprises et donc d'associés, du fait des conditions d'application trop restrictives (B).

A) Un dispositif trop imprécis

247. L'augmentation de capital forcée permet de contraindre l'associé à participer au sauvetage de l'entreprise. Néanmoins, le texte manque de précision sur l'application de cette contrainte pesant sur l'associé.

248. L'utilisation de la terminologie : « augmentation de capital forcée »⁷³⁴. De manière générale, on peut regretter le manque de précision du législateur, notamment sur les « critères flous de ce texte, qui donneront certainement lieu à des contentieux »⁷³⁵.

On peut tout d'abord regretter l'imprécision de la terminologie de « dilution forcée » utilisée dans les travaux préparatoires⁷³⁶. Cette terminologie ne traduit que la conséquence du dispositif et non le contenu dans son ensemble. Dans le même sens, la terminologie trop large de « modification forcée du capital », renvoie à des notions non comprises dans le texte, lequel ne prévoit que l'augmentation et non la réduction du capital⁷³⁷. C'est pourquoi, comme le suggère le professeur Parachkevova⁷³⁸, on préférera l'utilisation de la notion « d'augmentation de capital forcée », laquelle renvoie à une technique juridique bien déterminée.

249. L'hypothèse non envisagée d'un changement de vote. Parmi les interrogations que laisse subsister cette loi, on peut s'interroger notamment sur les conséquences du vote hostile d'un associé qui a adopté le projet de modification lors de la première assemblée, laquelle avait rejeté la résolution d'augmenter le capital. Ce même associé qui ne se voit pas substitué à un mandataire se ravise et vote contre, entraînant un nouveau rejet de la résolution malgré le vote du mandataire substitué aux associés réfractaires.

La procédure va donc s'effectuer en deux étapes, avec la convocation de deux assemblées générales. Par hypothèse, lors de la réunion de la première assemblée, certains associés vont s'opposer à l'augmentation de capital, position qui va donc susciter une seconde assemblée générale. Lors de la réunion de la seconde assemblée, les associés réfractaires lors de la première assemblée, se verront substitués par un mandataire qui votera à leur place. La question se pose pour les autres associés, que se passerait-il s'ils changent leur vote et s'opposent cette fois à l'augmentation de capital ?

En pareille hypothèse, le tribunal pourra-t-il recourir au mandataire afin qu'il se substitue à l'associé qui avait initialement adopté l'augmentation de capital, mais s'y est opposé au second vote⁷³⁹ ? Cette absence de précision pourrait être préjudiciable et rendre le mécanisme inefficace, si les associés se concertent pour mettre en échec la réalisation d'une restructuration

⁷³⁴ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

⁷³⁵ TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5.

⁷³⁶ V. en ce sens : Rapport Comm. Spéc. n°2498, rapporteur général Ferrand (R.).

⁷³⁷ DAMMAN (R.), PODEUR (G.), « Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, janv. 2015, p. 1, n°111.

⁷³⁸ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

⁷³⁹ ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°6, p. 432.

qu'ils jugent contraire à leurs intérêts personnels.

Afin d'éviter ce blocage et des manœuvres dilatoires, le législateur aurait pu préciser comme le droit allemand que « *le plan opère les mesures relevant du droit des sociétés qui y sont prévues, ce qui accélère et simplifie les procédures* »⁷⁴⁰. Cette solution opportune, formulée par monsieur Degenhardt, semble supposer que l'associé soit contraint d'adopter les opérations sociétaires prévues par le plan. Cette solution radicale, mettrait fin à toute ambiguïté et aux visées des associés voulant faire échec à la réalisation de l'augmentation de capital visée par l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce.

La directive 2019/1023 relative aux restructurations et à l'insolvabilité vient concrétiser cette idée en son article 12 qui précise que les États doivent veiller à ce que les détenteurs de capitaux ne fassent pas obstacle à un plan de restructuration. En effet, afin d'assurer l'objectif de sauvetage de l'entreprise, la loi pourra prévoir que les détenteurs de capitaux et les créanciers soient répartis dans différentes classes, lesquelles devront voter le plan. Une fois le plan adopté par une majorité des groupes, il devra ensuite être validé par le juge⁷⁴¹. Ainsi, même si la classe des détenteurs de capitaux s'oppose au plan, celui-ci pourra toujours être adopté par la majorité des classes des créanciers⁷⁴².

250. Une opération concernant uniquement l'augmentation de capital. Autre imprécision, il faut rappeler que l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce dispose que le tribunal peut : « *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 du capital, à hauteur du montant prévu par le plan* ». On peut alors être interpellé par la mention d'une « *modification du capital* », alors que, comme le remarquent certains auteurs⁷⁴³, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce précise d'abord que le mandataire devra « *voter l'augmentation de capital* ».

L'augmentation de capital semble permettre au mandataire de forcer le vote des associés ou

⁷⁴⁰ ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°6, p. 432.

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² 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*, 1 oct. 2015, n°10, p. 521. Le juge doit seulement s'assurer que les actionnaires seront aussi bien traités qu'en cas de liquidation judiciaire (DAMMANN (R.), PAULUS (C.), « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA*, 30 mars 2018, n°128, p. 21).

⁷⁴³ BOURBOULOUX (H.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, 1 juill. 2016, n°4 ; ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°6, p. 432 ; PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

actionnaires, comme il en est de même pour la reconstitution du capital. Pourtant, la suite de l'article dispose que le mandataire pourra voter en lieu et place des associés ou actionnaires « *ayant refusé la modification du capital social* ». La mention plus large d'une « *modification de capital* » pose alors la question de l'application de ce texte à un montage plus complexe tel qu'un coup d'accordéon.

On a donc une première interprétation en faveur de la seule augmentation de capital, ce qui supposerait une application limitée. La seconde interprétation favorable à la notion de modification du capital social permettrait l'extension du champ d'application du dispositif à la technique du « *coup d'accordéon* ». En pratique, la prise de contrôle par un tiers suppose le plus souvent une opération préalable de « *coup d'accordéon* ». La première interprétation rend cet outil partiellement inefficace. Pourtant, le législateur semble avoir réservé le vote du mandataire à l'augmentation de capital, la seconde interprétation devant être rejetée, car le texte poursuit dans le même alinéa que : « *L'augmentation de capital doit être réalisée dans le délai maximal de trente jours à compter de la délibération* ». Ce point paraît confirmer que seule l'augmentation de capital pourrait être forcée.

Les autres modifications du capital social sont donc laissées à l'appréciation souveraine des assemblées. Les associés pourraient ainsi faire échec à l'entrée d'un tiers en refusant l'opération du coup d'accordéon, si ce tiers avait érigé cette opération en condition à son entrée⁷⁴⁴. De plus, alors que le coup d'accordéon se subdivise en deux opérations indissociables, mais ne nécessite qu'une seule délibération, on peut penser que le vote hostile au coup d'accordéon s'oppose aussi à une augmentation de capital. De ce point de vue, l'application au coup d'accordéon du texte L. 631-19-2, 1° du Code de commerce serait inévitable, sauf considérer les deux opérations du coup d'accordéon comme dissociables et ce contrairement aux décisions de jurisprudence sur le coup d'accordéon. Néanmoins, cette application au coup d'accordéon ne paraît malheureusement pas avoir été envisagée⁷⁴⁵.

La carence du texte est donc « *regrettable* »⁷⁴⁶ et laisse un doute sur l'opération visée à l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce qui donne compétence au mandataire de voter « *l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital* ».

⁷⁴⁴ Sur les effets du coup d'accordéon et la proposition d'un coup d'accordéon forcée. Cf. *Infra*. n°426.

⁷⁴⁵ En ce sens : TEBOUL (G.), « Revue de printemps du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 21 mai 2015, n°101, p. 9.

⁷⁴⁶ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529 ; DAMMAN (R.), PODEUR (G.), « Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, janv. 2015, p. 1, n°111.

251. L'incertitude sur la qualité du repreneur pouvant profiter de l'augmentation de capital forcée. Autre incertitude, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce ne précise pas expressément quelles sont les personnes qui peuvent être les bénéficiaires de ce plan. La loi utilise la formulation imprécise « *d'une ou de plusieurs personnes qui se sont engagées à exécuter celui-ci* ». Il faut alors procéder par déduction pour comprendre que les personnes qui s'engagent à exécuter le plan sont les « *créanciers ou tiers* », qui sont visés dans le 2° de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce. Le législateur a bien précisé « *créancier ou tiers* », ce qui suppose que les personnes visées ont une de ces qualités.

Le mot « *tiers* » peut désigner toute personne extérieure à l'entreprise intéressée, telle que les créanciers, des investisseurs ou même un concurrent⁷⁴⁷. Les associés mais aussi les salariés sont exclus. Le législateur aurait pu être plus précis et exclure uniquement les associés de l'entreprise afin de permettre aux salariés de participer au redressement. Le droit des entreprises en difficulté gagnerait à favoriser l'accession des salariés au capital.

Le terme de « *créanciers* » permet à tout titulaire d'une créance de bénéficier de l'opération d'augmentation de capital forcée. Une première remarque peut être faite sur la distinction qui a été opérée par le législateur entre le créancier et le tiers. Alors que le créancier est naturellement considéré comme un tiers à la société, la redondance peut interpeller. On peut supposer que les titulaires de créance en compte courant étaient visés⁷⁴⁸. Ainsi les associés-créanciers, titulaires d'une créance en compte courant, pourraient être candidats à la reprise de l'entreprise en difficulté. Cette théorie irait également dans une logique favorable aux créanciers quels qu'ils soient. Les créanciers pourront ainsi souscrire à l'augmentation de capital par compensation avec les créances qu'ils détiennent sur la société, à condition que ces créances aient été admises dans le plan de redressement et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet⁷⁴⁹.

252. La réalisation de l'augmentation dans le délai de trente jours à compter de la délibération. Enfin, l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce prévoit également que « *l'augmentation de capital doit être **réalisée** dans le délai maximal de trente jours à compter de la délibération* ». Le législateur manque une nouvelle fois de précision et laisse une zone d'ombre

⁷⁴⁷ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

⁷⁴⁸ *A contrario*, sur un doute sur l'application du dispositif aux créanciers titulaires d'un compte courant. V. en ce sens : PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

⁷⁴⁹ LUCAS (F.-X.), « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept 2015, n°5, p. 317.

sur ce qu'il entend par « réalisation » de l'augmentation de capital. Doit-elle être simplement souscrite ou intégralement libérée ?

On peut tout d'abord se référer au droit des sociétés pour savoir quand la réalisation de l'augmentation de capital social est réalisée.

L'alinéa 2 de l'article 225-129 du Code de commerce fait notamment mention à la réalisation de l'augmentation de capital, concernant les modifications du capital des sociétés par actions par apports nouveaux en numéraire ; cet article dispose que : « *L'augmentation de capital doit, sous réserve des dispositions prévues aux articles L. 225-12à-2 et L. 225-138, être **réalisée** dans le délai de cinq ans à compter de cette décision ou de cette délégation* ». Selon les professeurs Le Cannu et Dondero⁷⁵⁰, l'augmentation de capital serait alors considérée comme réalisée dans deux cas. Tout d'abord, lorsqu'elle « *a été intégralement **souscrite** ; sinon elle peut être réduite, en vertu d'une permission de l'assemblée générale extraordinaire, dans la limite des trois-quarts de l'émission annoncée (art. L. 225-134), et le certificat du dépositaire atteste que les fonds correspondants sont déposés (art. R. 225-135)* »⁷⁵¹. Ensuite, pour les sociétés procédant, pour le placement de leurs actions, à une offre au public⁷⁵², l'augmentation de capital sera réalisée, selon l'article L. 225-145 du Code de commerce, « *lorsqu'un ou plusieurs prestataires de services d'investissement [...] ont garanti de manière irrévocable sa bonne fin* »⁷⁵³.

Ainsi, l'augmentation de capital serait réalisée dès lors qu'elle a été intégralement souscrite⁷⁵⁴. Néanmoins, dans le contexte d'une entreprise en difficulté, cette solution ne semble pas être adaptée.

En effet, il serait préférable d'admettre que l'augmentation de capital est réalisée dès lors qu'elle a été intégralement libérée par les souscripteurs. Cette solution serait davantage justifiée au

⁷⁵⁰ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°1220, p. 844.

⁷⁵¹ *Ibid.*

Le II de l'article L. 225-134 dispose que : « *L'augmentation de capital n'est pas réalisée lorsque après l'exercice de ces facultés, le montant des souscriptions reçues n'atteint pas la totalité de l'augmentation de capital ou les trois quarts de cette augmentation dans le cas prévu au 1^o du I* ».

⁷⁵² L'article L. 225-145 du Code de commerce précise qu'il s'agit d'une offre au public « *autre que l'une de celles mentionnées au 2^o de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier ou à l'article L. 411-2-1 du même Code* ».

⁷⁵³ C. Com. Art. L. 225-145 ; V. Également : C. Com. Art. R. 225-136.

⁷⁵⁴ Cependant, une jurisprudence infirme cette définition et semble admettre que l'augmentation de capital doit être intégralement libérée pour être réalisée. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 1973 (Cass. Com., 7 mai 1973, n°72-10.587), on retrouve cette idée de réaliser une augmentation de capital : « *Faisant ressortir que l'assemblée avait prévu la possibilité pour le conseil d'administration de **réaliser** intégralement l'augmentation de capital par émission d'actions à **souscrire et à libérer** par compensation* ». Ainsi, la réalisation de l'augmentation de capital ne deviendrait effective qu'avec la libération de l'augmentation de capital. Il est notable que les juges ont ajouté l'adverbe « *intégralement* », précisant les modalités de la réalisation. Par voie de conséquence, le droit des sociétés n'apporte pas de réponse claire. Alors que la loi considère que l'augmentation de capital est réalisée dès la souscription, la jurisprudence semble au contraire affirmer que ce n'est que lorsque l'augmentation de capital est intégralement libérée qu'elle est réalisée.

regard du contexte et des difficultés financières rencontrées par la société.

Le verbe « réaliser » peut d'ailleurs se définir comme l'« accomplissement matériel d'un travail, d'une œuvre, en exécution d'un projet, d'un plan, d'un engagement »⁷⁵⁵. Cette définition conforte l'idée d'une augmentation de capital intégralement libérée, dans la mesure où une simple souscription ne peut être vue comme une matérialisation de l'opération de l'augmentation de capital.

De plus, un arrêt de la Cour de cassation en date du 14 mai 1991⁷⁵⁶, concernant une entreprise en difficulté, considère que la réalisation de l'augmentation de capital n'est effective qu'au moment où elle est intégralement libérée et que toutes les formalités ont été effectuées.

En effet, l'arrêt précise que : « le Tribunal a arrêté un plan de redressement organisant la cession de l'entreprise au profit de la société Codbor Europe expansion qui devait, [...], prendre le contrôle de chacune d'elles par la voie d'une augmentation de capital finalement **non réalisée** malgré la remise par la société Codbor d'une somme correspondant au montant de **sa souscription** ». Ainsi, malgré la libération, l'augmentation de capital n'est pas considérée comme réalisée. La réalisation semble alors s'entendre de façon plus large, comprenant non seulement la souscription et la libération intégrale, mais également les formalités nécessaires à la réalisation de l'augmentation de capital⁷⁵⁷

253. Pour conclure, de nombreux points restent donc à éclaircir afin de perfectionner ce dispositif et d'éviter des contentieux et de l'insécurité juridique. L'autre amélioration qui pourrait être apportée à cette mesure résiderait dans l'allègement de ses conditions d'application.

B) Un dispositif amputé de son efficacité par ses nombreuses conditions

254. À cause du risque d'inconstitutionnalité du texte, le législateur a encadré le dispositif d'augmentation de capital forcée par de nombreuses conditions, lesquelles rendent la

⁷⁵⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 846, V. Réalisation.

⁷⁵⁶ Cass. Com., 14 mai 1991, n°89-17.072.

⁷⁵⁷ Pour exemple, on peut supposer que, en application de l'article L. 225-129 du Code de commerce (C. Com. Art. L. 225-129 : « L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, une augmentation de capital immédiate ou à terme »), en l'absence du rapport permettant aux associés de disposer des informations objectives sur les conditions de l'augmentation de capital, la décision d'augmentation de capital pourrait faire l'objet d'une action en nullité (V. En l'espèce le rapport devait émaner du président de la SAS : T. Com. Paris, 25 nov. 2003, n°2002084643, *L. et autre c/ SAS C finance*, BJS, févr. 2004, n°2, p. 376, note SAINTTOURENS (B.)) et ne serait donc pas réalisée.

mesure difficilement applicable⁷⁵⁸. La portée de cette contrainte qui pèse sur les associés est donc à relativiser.

255. Un champ d'application trop restreint. L'atteinte faite au droit de l'associé devait être justifiée par la protection de l'intérêt général. Néanmoins, l'encadrement rigoureux de la mesure, par des conditions trop exigeantes et trop nombreuses, ne rendent ce dispositif applicable que de façon exceptionnelle⁷⁵⁹.

Pas moins de sept conditions sont en effet posées pour engager le dispositif prévu à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce⁷⁶⁰. Pour pouvoir l'enclencher, l'entreprise doit avoir un effectif d'au moins cent cinquante salariés ou faire partie d'un groupe employant un tel effectif, si c'est une entreprise dominante. Sa disparition doit causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi. La modification du capital doit être la seule condition sérieuse pour parvenir à un sauvetage de l'entreprise. Ce dispositif ne sera également applicable qu'à défaut d'un plan de cession total ou partiel de l'entreprise. De plus, le débat doit avoir lieu en présence des associés concernés. *Quid* de leur absence ? Il faut également qu'un délai de trois mois se soit écoulé après le jugement d'ouverture. Enfin, les assemblées d'associés doivent avoir refusé la modification de capital prévue par le projet de plan de redressement en faveur d'une ou de plusieurs personnes qui se sont engagées à cet effet. On comprend alors qu'il sera difficile de réunir toutes ces conditions.

Même si la constitutionnalité du texte dépendait de l'exigence de ces conditions⁷⁶¹, l'objectif de cette mesure est de permettre à des tiers ou à des créanciers d'intégrer le capital social, voire de prendre le contrôle de la société pour la sauver. La difficulté est de passer outre l'autorisation des associés et de porter atteinte à leurs droits politiques ou patrimoniaux. Ces droits sont intangibles et ne cèdent que devant un intérêt général, comme l'ordre public économique.

En effet, certains montages doivent être soucieux de l'économie ou de l'équilibre du marché. Selon monsieur Dom : « *L'intérêt social et l'apparence sont donc des filtres qui peuvent s'adapter à la logique du montage pour en faciliter l'appréciation. Cependant, ces filtres purement juridiques ne doivent pas occulter le pouvoir de certains concepts para juridiques qui peuvent avoir une grande influence sur l'interprétation du*

⁷⁵⁸ En ce sens : TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5.

⁷⁵⁹ En ce sens : DAMMANN (R.), PAULUS (C.), « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA*, 30 mars 2018, n°128, p. 21 ; LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} éd. 2020, n°1053, p. 645.

⁷⁶⁰ Sur ces différentes conditions : TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5.

⁷⁶¹ V. Sur la constitutionnalité de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce : V. Cons. Const. Oct. 2015, n°2015-486 QPC, *BJE*, nov. 2015, p. 362, n°112u5, note FAVARIO (T.).

montage. Parmi ceux-ci il s'en trouve de très classique. Par exemple, conformément aux principes généraux du droit, le montage ne doit pas être contraire au bon sens ou déraisonnable. D'autres, sont plus spécifiques à la dimension économique du montage. C'est ainsi que doivent être compris l'équilibre du marché boursier, ou encore la protection de l'économie nationale. Néanmoins, ce dernier filtre, sans expliquer la portée juridique de certaines solutions jurisprudentielles, permet de les observer sous un éclairage mieux approprié à la lumière duquel on voit se rapprocher l'intérêt social et l'intérêt national»⁷⁶². Ce sont en effet ces filtres qui vont s'appliquer pour justifier ce montage sociétaire et les contraintes imposées à l'associé.

Afin d'assurer la constitutionnalité du dispositif, le législateur a prévu de cantonner l'application de cet article aux seules entreprises ayant ou dépassant un seuil de cent cinquante salariés⁷⁶³. Le texte précise d'ailleurs que le dispositif est applicable à « une entreprise dominante d'une ou plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins cent cinquante salariés (...) ». Il est encore décevant de voir que la seule raison qu'ait trouvée le législateur pour contraindre les associés de ne pas faire obstacle à la restructuration de l'entreprise soit l'atteinte « grave » à l'économie. Ce texte se trouve amputé d'une partie de son efficacité et suscite donc de nombreuses réserves.

Plusieurs points auraient pourtant pu être allégés. On peut tout d'abord regretter que cette mesure ne s'applique qu'à de très grandes entreprises dont la disparition pourrait causer un trouble à l'économie nationale ou régionale. Le seuil de cent cinquante salariés aurait également pu être abaissé⁷⁶⁴.

L'encadrement lourd de cette mesure de dilution forcée s'explique toutefois par ses conséquences sur le droit de propriété⁷⁶⁵ et sur les dispositions de l'Union européenne.

256. L'atteinte au droit de propriété. En ce qui concerne l'atteinte au droit de propriété⁷⁶⁶.

Le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article L. 631-19 du Code de commerce venaient encourager « la poursuite d'activité des entreprises ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général »⁷⁶⁷. C'est en ce sens que le législateur a encadré ce mécanisme de conditions d'application très strictes, marquant une finalité d'intérêt général. L'utilisation de cet article doit

⁷⁶² DOM (J.-P.), *Les montages en droit des sociétés, aspects en droit interne*, th. Bordeaux, éd. Joly, 1998, n°651, p. 395.

⁷⁶³ Cons. Const. Oct. 2015, n°2015-486.

⁷⁶⁴ Sur la problématique des seuils en droit des entreprises en difficulté : EECKHOUDT (M.), « Le critère de la taille dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 nov. 2017, n°6, p. 453.

⁷⁶⁵ Cons. Cont. 5 août 2015, n°2015-715 DC, n°141 : « que les mécanismes de « dilution forcée » et de « cession forcée » des parts des associés ou actionnaires opposés au plan de redressement portent atteinte à leur droit de propriété ; qu'ils soutiennent également que le premier des ces mécanismes est incompatible avec le droit de l'Union européenne ».

⁷⁶⁶ Article 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Entrée dans le bloc de constitutionnalité en 1971. V. Décision n°71-44 du 16 juillet 1971 –*Liberté d'association*.

⁷⁶⁷ Cons. Cont. 5 août 2015, n°2015-715 DC, n°142.

apparaître comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter la cessation d'activité de nature à causer un trouble grave à l'économie⁷⁶⁸. À cet égard, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce prévoit que l'entreprise doit avoir un effectif total d'au moins cent cinquante salariés et que la cessation de l'activité entraînerait « *un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi* ».

Ce critère de « *trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi* » paraît « *bien flou et subjectif* »⁷⁶⁹, « *voire discrétionnaire* »⁷⁷⁰ et laisse subsister une insécurité juridique pour l'application de ce texte⁷⁷¹. Cette imprécision permet cependant aux juges d'apprécier la gravité du trouble qui découlerait de la disparition de l'entreprise.

On peut toutefois se demander si ce critère est utile. L'application du dispositif, déjà soumise à la condition d'un effectif minimum de cent cinquante salariés, ne suffit telle pas à justifier « *un trouble grave à l'économie* » ? Cette condition du « *trouble grave à l'économie* » paraît ainsi imprécise⁷⁷² et éventuellement redondante, pour conditionner l'atteinte faite au droit de propriété. C'est donc principalement sur la condition, plus appréhendable, des cent cinquante salariés qu'il conviendra de s'appuyer.

La pertinence du cumul de ces deux conditions du trouble grave à l'économie et de l'effectif minimum de cent cinquante salariés reste en question, sachant notamment que certaines sociétés emploient moins de cent cinquante salariés mais peuvent tout de même causer des dommages au bassin économique⁷⁷³.

⁷⁶⁸ Cette formule semble avoir été emprunté à l'article 1^{er} de l'ordonnance n°67-820 du 3 septembre 1967. V. en ce sens : ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°06, p. 432 ; Sur l'inefficacité de ce texte à cause des difficultés de preuve sur la nature du trouble grave à l'économie : PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°10.

⁷⁶⁹ TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5 ; TEBOUL (G.), « Revue de printemps du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 21 mai 2015, n°101, p. 9. Cette formule rappelle celle employée pour la suspension provisoire des poursuites. Pour bénéficier de cette procédure, il fallait démontrer que la disparition de l'entreprise serait de nature à causer « *un trouble grave à l'économie nationale ou régionale* ». Pour des précisions sur cette procédure : MACORIG-VENIER (F.), « L'anticipation des difficultés de l'entreprise modernité du droit français et approche comparatiste », in SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (Dir.), *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, L.G.D.J., les presses de l'université Toulouse I Capitole, p. 340.

⁷⁷⁰ TEBOUL (G.), « Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2015, n°216, p. 4.

⁷⁷¹ Sur le caractère *dangereux* de cette absence de précision sur la notion de « trouble » : V. VERMEILLE (S), MARTINEZ (J.), « La constitutionnalité du projet de loi Macron et l'éviction des actionnaires : la révolution n'a pas lieu », banque mars 2015 ; BOURBOULOUX (H.), FORT (C.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, juill. 2016, n°113n8, p. 287.

⁷⁷² TEBOUL (G.), « Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2015, n°216, p. 4.

⁷⁷³ C'est notamment le cas pour les sociétés ayant une activité dans le domaine agricole : V. en ce sens : ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°6, p. 432.

Enfin, les juges constitutionnels ont insisté sur le fait que seuls les associés ou actionnaires, refusant l'augmentation de capital sont exclus du vote de celle-ci. Ces mécanismes viennent également assurer une plus grande protection des droits des créanciers. Au vu de ces dispositions, les juges de la constitutionnalité des lois ont estimé que les deux dispositifs de « *dilution forcée* » et de « *cession forcée* » ne constituaient pas « *une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété* »⁷⁷⁴. L'admissibilité de la technique du coup d'accordéon aurait permis de renforcer cette décision, dans la mesure où « *La réduction du capital à zéro ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports (...) que cette opération ne constituait pas une expropriation illégale* »⁷⁷⁵.

257. L'atteinte aux dispositions de l'Union européenne. En ce qui concerne le non-respect de l'article 88-1 de la Constitution⁷⁷⁶ et des dispositions de l'Union européenne⁷⁷⁷. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel a constaté que ces dispositions n'avaient pas pour objet de transposer une directive et que par voie de conséquence le grief était « *inopérant* »⁷⁷⁸. L'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce a donc été déclaré sur ce point conforme à la constitution⁷⁷⁹.

Ensuite, le renforcement des fonds propres par l'augmentation de capital forcée semblerait contraire aux règles de l'union européenne⁷⁸⁰ et plus précisément à la 2^{ème} directive 77/91/CEE du 13 décembre 1976⁷⁸¹. Un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 24 mars 1992⁷⁸² vient en effet rappeler que le principe, en matière d'augmentation de capital,

⁷⁷⁴ Cons. Const. 5 août 2015, n°2015-715 DC, n°145 ; V. en ce sens. GENESTOUX (A.), « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.* n°5, Novembre 2015, alerte 17, spéc. n°5 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « Loi Macron, Les mécanismes de dilution forcée et de cession forcée ne sont pas contraires à la constitution », *JCP éd. E*, 2015. 1461.

⁷⁷⁵ Cass. Com., 18 juin 2002, n°99-11.999, n°1211 FS P, *ADAM et autres c/ SA L'Amy*, *BJS*, 1 nov. 2002, n°11, p. 1221, note SYLVESTRE (S.) ; *JCP éd. E* 2002, 1556, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2001, n°20, obs. BONNEAU (T.). V. également : ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°6, p. 432.

⁷⁷⁶ Const. Art 88-1 : « *La république participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

⁷⁷⁷ V. Deuxième directive du droit des sociétés n°77/91 CEE du 13 décembre 1976 : JOUE, n°L 26, 31 janv. 1977.

⁷⁷⁸ Cons. Cont. 5 août 2015, n°2015-715 DC, n°146.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, n°147.

⁷⁸⁰ COQUELET (M.-L.), « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.* n°6, Novembre 2010, dossier 6, spéc. N°13.

⁷⁸¹ Dir. PE et cons. UE n°2012/30, 25 oct. 2012, art. 25.

⁷⁸² La question portait « *sur l'interprétation des articles 25 et 29 de la deuxième directive 77/91/CRR du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à la coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme, ainsi que le maintien et les modifications de son capital (JO 1977, L. 26, p. 1)* ». V. sur l'application du texte : CJCE, 14 mars 1992, *Vasko SA et a. c/ AOE*, *BJS*, 1992, p. 6723, note LE CANNU (P.).

est la souveraineté des actionnaires. Ce principe est affirmé par l'article 25 de la 2^{ème} directive 77/91/CEE qui dispose que : « *toute augmentation du capital doit être décidée par l'assemblée générale* »⁷⁸³. Ainsi, toute possibilité de déroger à ce principe par une norme nationale paraît interdite⁷⁸⁴. L'application de ces dispositifs de dilution et de cession forcée semble donc très limitée, voire « *inefficace* »⁷⁸⁵.

258. Cette mesure pouvant entraîner la dilution forcée de l'associé doit donc être relativisée, dans la mesure où elle ne concernera que très peu d'entreprises. De plus, l'associé pourra conserver le contrôle de la société en participant s'il le souhaite à l'augmentation de capital.

§II - Les moyens de défense de l'associé contre la reprise interne

259. Cette mesure d'augmentation de capital forcée présente un risque pour l'associé, qui peut être dilué par l'entrée d'un tiers et perdre le contrôle de la société. De la réussite de cette opération dépendra souvent le sauvetage de l'entreprise. Pourtant, l'associé peut encore y faire échec. D'une part, notre droit neutralise imparfaitement les mécanismes d'agrément (**A**), d'autre part, l'associé peut encore participer à l'augmentation de capital disposant toujours de son droit préférentiel de souscription Le législateur incite ainsi l'associé à investir et à participer au sauvetage de l'entreprise (**B**).

A) La neutralisation partielle des mécanismes d'agrément

260. Le droit des entreprises en difficulté neutralise les clauses d'agrément pour éviter un blocage du repreneur par les associés. Néanmoins, ces clauses d'agrément ne sont réputées

⁷⁸³ V. En ce sens : CJCE, 30 mai 1991, *Karella e.a. / Ypourgio viomichaniás, energeias & technologías e.a.* (C-19/90 et C-20/90, Rec. 1991 p. I-2691) ; CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis e.a.* (C-441/93, Rec. 1996 p. I-1347).

⁷⁸⁴ V. sur l'application du texte : CJCE, 14 mars 1992, *Vasko SA et a. c/ AOE, BJS*, 1992, p. 6723, note LE CANNU (P).

⁷⁸⁵ ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°6, p. 432.

non écrites qu'en procédure de redressement judiciaire (1) et l'article L. 631-19, II du Code de commerce ne vise que les « clauses » d'agrément, laissant l'agrément « légal » applicable (2).

1) La neutralisation des clauses d'agrément cantonnée à un champ d'application restreint

261. Le législateur a neutralisé les clauses d'agrément, les réputant non écrites, mais uniquement en procédure de redressement judiciaire. Cette solution montre encore que la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté ne se manifeste réellement qu'en procédure de redressement judiciaire. On relèvera toutefois que ce mécanisme de blocage des clauses d'agrément a été étendue aux cessions de droits sociaux, alors qu'il était autrefois limité aux modifications du capital social.

262. Le maintien des clauses d'agrément pendant les phases amiables et pendant la procédure de sauvegarde. L'aménagement des clauses d'agrément constitue une atteinte supplémentaire à la volonté des associés⁷⁸⁶. Malgré cette tendance à élargir le champ d'action des clauses d'agrément à différentes techniques de reprise interne, l'augmentation de capital et la cession des droits sociaux, le législateur a opportunément tenu à les cantonner aux seules procédures de redressement et de liquidation judiciaire. Ainsi, les clauses d'agrément sont maintenues lorsque la société est soumise à une procédure amiable ou à une procédure de sauvegarde.

Même si les clauses d'agrément furent réputées non écrites en procédure de sauvegarde, l'ordonnance du 12 mars 2014 est venue supprimer le dernier alinéa de l'article L. 626-3 du Code de commerce et a donc rétabli leur intégrité en procédure de sauvegarde⁷⁸⁷. Celle-ci s'en trouve ainsi plus attractive. Les associés retrouvent alors toutes leurs prérogatives dans le choix des membres de l'actionnariat⁷⁸⁸. Par voie de conséquence, la procédure de sauvegarde assure une protection des actionnaires contre une reprise interne⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109, n°26.

⁷⁸⁷ LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés* n°6, Juin 2014, étude 11, n°10.

⁷⁸⁸ Tout dépendra de l'encadrement fait par les associés dans les statuts : MONSERIE-BON (M.-H.), « Le contrôle des mouvements d'associés », in *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?* Lexisnexis, 2013.

⁷⁸⁹ GAUDEMET (A.), MONSERIE-BON (M.-H.), « Reprise interne d'une société en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°6, nov. 2015, dossier 56, n°6.

263. La neutralisation des clauses d'agrément en procédure de redressement judiciaire. En revanche, en procédure de redressement judiciaire, l'article L. 631-19, II du Code de commerce dispose que : « *En cas de modification du capital social ou de cession des droit sociaux dans le projet de plan ou dans le plan, les clauses d'agrément sont réputées non écrites* »⁷⁹⁰. Afin de favoriser la reprise interne⁷⁹¹, les clauses relatives à l'entrée de nouveaux associés à l'occasion d'une modification du capital sont réputées non écrites⁷⁹². Cette disposition s'applique non seulement aux augmentations décidées pendant la période d'observation mais aussi à celles qui résultent du plan⁷⁹³. L'atteinte faite au choix des associés et au principe d'*affectio societatis* semble nécessaire du point de vue économique, la volonté du législateur étant d'encourager l'investissement dans les entreprises en difficulté. L'importance de cet objectif rend légitime l'atteinte faite au droit commun des sociétés et au droit des associés qui auraient pu refuser d'agrément l'entrée d'un tiers reprenneur.

264. La neutralisation des clauses d'agrément réservée au plan avec comité. L'article L. 631-19, I du Code de commerce fait expressément mention d'un « *projet de plan voté par les comités prévus à l'article L. 626-30* »⁷⁹⁴. Les clauses d'agrément ne seraient alors neutralisées que lors d'une procédure comportant des comités de créanciers. Le professeur Monsérié-Bon interprète le texte en ce sens⁷⁹⁵.

À l'inverse, le professeur Vallansan⁷⁹⁶ considère que le II de l'article L. 631-19 du Code de commerce est autonome et ne doit pas être assimilé à la première disposition qui vise les comités dans son alinéa 2. Peu importe les modalités du plan ou la nomination de comités, les clauses d'agrément sont systématiquement exclues du plan de redressement.

Il serait effectivement plus tentant d'admettre la neutralisation automatique des clauses

⁷⁹⁰ L'ordonnance du 12 mars 2014 a supprimé le dernier alinéa de l'article L. 626-3 du Code de commerce

⁷⁹¹ LUCAS (F.-X.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS*, 1 juin 2014, n°6, p. 403 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « La promotion de la « reprise interne » dans l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP éd. E* n°36, 4 septembre 2014, 1435.

⁷⁹² SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°2.

⁷⁹³ L'ajout de la précision « *ou dans le plan* », vient combler un vide juridique existant avant l'ordonnance du 12 mars 2014. L'ancien article L. 626-3 al. 4 du Code de commerce figurait dans la partie sur le période d'observation, ce qui laissait un doute sur son application une fois le plan adopté. Une majorité de la doctrine étendait déjà son application aux augmentations résultant du plan (DOM (J.-P.), *J. Cl. Proc. Coll., Redressement et liquidation judiciaires – Situation des associés*, *Juris. Cl.*, Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n°106 ; MARTIN-SERF (A.), *Redressement et liquidation judiciaire – Effets à l'égard de la personne morale*, *Juris. Cl.*, Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°12 ; DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.-P.), HONORAT (A.) (Collab.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1991, p. 317).

⁷⁹⁴ L'article L. 626-30 du Code de commerce précise les modalités de constitution des comités de créanciers.

⁷⁹⁵ MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, mai 2014, p. 178.

⁷⁹⁶ VALLANSAN (J.), *Prévention et traitement des difficultés des entreprises - Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 et des procédures collectives. – Présentation.*, *Juris. Cl.*, Fasc. 1705, 15 févr. 2017, n°103.

d'agrément pour toutes les sociétés bénéficiant d'un plan de redressement, cela sans considération de la nomination des comités des créanciers.

Néanmoins, il semble difficile de négliger le I de l'article L. 631-19 du Code de commerce qui suppose la présence de comités des créanciers et paraît être en lien avec le II écartant les clauses d'agrément. Il faudrait alors, soit mieux distinguer les deux paragraphes, soit préciser que les clauses d'agrément peuvent être neutralisées même lorsqu'il n'y a pas de comités de créanciers. Ainsi, les clauses d'agrément ne sont neutralisées qu'en présence de comités de créanciers. La neutralisation des clauses d'agrément lors de l'application du dispositif d'augmentation de capital forcée est alors en question.

On peut noter que l'absence de comités ne sera pas un problème à l'application de l'article L. 631-19, II du Code de commerce, neutralisant les clauses d'agrément, dès lors que le dispositif d'augmentation de capital forcée, n'est applicable qu'aux entreprises ayant un effectif de cent cinquante salariés⁷⁹⁷. Dans ces conditions, les comités de créanciers seront automatiquement constitués. Même en deçà des seuils de constitution obligatoire des comités de créanciers, le juge-commissaire peut autoriser le recours à ces comités. L'exigence de la composition de comités de créanciers n'est donc pas un obstacle à la neutralisation des clauses d'agrément.

265. La neutralisation des clauses d'agrément étendue aux cessions de droits sociaux. Malgré ce champ d'application plutôt restreint, on relèvera que l'article L. 631-19, II du Code de commerce marque une évolution, réputant les clauses d'agrément non écrites, non seulement en cas de modification du capital social mais aussi en cas de cession de droits sociaux. Contrairement à l'ancien article L. 621-58 du Code de commerce⁷⁹⁸ qui mentionnait uniquement les modifications du capital⁷⁹⁹. Le texte ne mentionnant pas la cession des titres, les clauses d'agrément pouvaient donc être appliquées. Cette solution avait d'ailleurs été confirmée par un arrêt de cour d'appel⁸⁰⁰.

De même sous l'empire de la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005, l'alinéa 4 de l'article L. 626-3 du Code de commerce⁸⁰¹ réputait non écrites les clauses d'agrément

⁷⁹⁷ C. Com. Art. L. 631-19-2, 1°.

⁷⁹⁸ Transféré par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 – art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1^{er} janvier 2006 sous réserve art. 190.

⁷⁹⁹ C. Com. Art. L. 621-58 : « Lorsque l'administrateur envisage de proposer au tribunal un plan de continuation prévoyant une modification du capital social, 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 ». Pour un commentaire de cet article : VALLANSAN (J.), *Redressement et liquidation judiciaires*, Paris, Litec, 2^{ème} éd. 2003, V. L. 621-58.

⁸⁰⁰ CA Aix-en-Provence, 8^e ch. Sect. B, 5 déc. 2003, *SA Sofipharm c/ Sté financière de Marcory et autres*, Bull. Joly, 2004. 1077, note CERATI-GAUTHIER (A.).

⁸⁰¹ Sous la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 : C. Com. Art. L. 626-3, al. 4 : « Les clauses d'agrément sont réputées non-écrites ».

uniquement en cas de modification du capital social prévue par le projet de plan, excluant ainsi les cessions de titres⁸⁰².

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 631-19 du Code de commerce dispose que : « *En cas de modification du capital social ou de cession de droits sociaux prévue dans le projet de plan ou dans le plan, les clauses d'agrément sont réputées non écrites* ». Le texte vient ainsi étendre le blocage des clauses d'agrément aux cessions de droits sociaux. Le régime applicable en procédure collective sous la loi de 1985 était donc plus conciliant avec les associés que de nos jours, dès lors qu'applicable aux seules modifications du capital social. Ainsi apparaît, une fois de plus, cette évolution vers un associé plus responsable et plus contrôlé par le droit des entreprises en difficulté.

2) Le maintien regrettable de l'agrément légal

266. L'article L. 631-19, II du Code de commerce dispose que : « *En cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux prévue dans le projet de plan, les clauses d'agrément sont réputées non écrites* ». Ainsi, le texte ne semble neutraliser que les clauses d'agrément, laissant intact l'agrément légal. L'absence de neutralisation de cet agrément légal pourrait ainsi permettre à l'associé de faire échec à l'entrée d'un tiers, pourtant nécessaire au sauvetage de l'entreprise.

267. Les sociétés concernées par les clauses d'agrément. Afin de contrôler l'entrée d'un tiers dans le capital, les associés insèrent habituellement une clause d'agrément dans les statuts ou dans un pacte d'associés. Ces clauses d'agrément tiennent une place particulière dans notre droit, car elles sont les seules clauses régies par la loi⁸⁰³. En effet, l'agrément est parfois imposé par la loi, une clause statutaire ne peut dans ce cas aller contre, on parle alors d'agrément légal.

Cette règle tient à la nature de la société. Elle a cours dans celles qui ont un fort *intuitu personae*

⁸⁰² ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109, n°26.

⁸⁰³ MOURY (J.), « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD Com.*, 1989, p. 187 et spéc. n°4, p. 189.

comme dans les sociétés de personnes⁸⁰⁴ ou dans les sociétés dites hybrides, comme les sociétés à responsabilité limitée⁸⁰⁵. Ainsi, il est admis que même si les textes sur l'agrément légal ne font mention que de l'entrée d'un tiers par voie de cession de titres, cette condition à l'entrée d'un tiers doit être étendue à la reprise interne par voie d'augmentation de capital⁸⁰⁶.

En revanche, dans les sociétés de capitaux comme la société anonyme⁸⁰⁷ et la société par actions simplifiées⁸⁰⁸, l'entrée d'un tiers s'opère en principe librement, sauf disposition contraire des statuts. Certains auteurs contestent la nécessité de ces clauses pour ces sociétés alors que l'*intuitu personae* est souvent peu dominant⁸⁰⁹. Ils considèrent notamment que de tels dispositifs pourraient avoir pour effet de « dénaturer » ces sociétés.

En l'absence de texte sur ce sujet, en droit des procédures collectives, il convient donc de se référer aux règles du droit des sociétés.

En droit des entreprises en difficulté, un régime particulier fut mis en place sous la loi de 1985⁸¹⁰, avec l'article L. 621-58 du Code de commerce et son alinéa 4 qui réputait non écrites toutes clauses d'agrément⁸¹¹. Cet article énonçait la procédure à suivre en période d'observation : « lorsque l'administrateur envisage de proposer au tribunal un plan de continuation prévoyant une modification du capital »⁸¹². Cependant, malgré l'alinéa 4 qui mentionne expressément la

⁸⁰⁴ Pour les sociétés de personnes, l'entrée d'un tiers est soumise à l'accord unanime des associés. Pour ces sociétés, caractérisées par la présence d'un fort *intuitu personae*, l'associé ne peut se voir imposer par la loi des futurs associés.

Pour les sociétés civiles : C. Civ. Art. 1861, al. 1 : « *Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés* ».

Pour les sociétés en nom collectif : C. Com. Art. 221-13 : « *Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés* ».

Pour les sociétés en commandite : C. Com. Art. L. 222-8 : « *Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés* ».

⁸⁰⁵ Pour la société à responsabilité limitée, le vote se fera aux mêmes conditions que pour une cession de parts. Ainsi, pour être agréée, le tiers doit obtenir le « *consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte* ».

C. Com. Art. L. 223-14, al. 1 : « *Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte* ». Par contre, si l'assemblée prévoit dans les statuts une clause d'agrément concernant le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant des associés (C. Com. Art. L. 223-13, al. 2), celle-ci sera réputée non écrite si la société à responsabilité limitée est soumise à une procédure de redressement judiciaire (C. Com. Art. L. 631-19, II).

⁸⁰⁶ À propos de la société à responsabilité limitée : « *bien que le texte ne le prévoit pas, il est dans l'esprit de la SARL que l'entrée de nouveaux associés soit soumise à agrément* » (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 31^{ème} éd. 2020, n°1661, p. 645).

⁸⁰⁷ Elles sont régies par les articles L. 228-23 à L. 228-26 du Code de commerce.

⁸⁰⁸ Elles sont régies par les articles L. 227-14 et L. 227-15 du Code de commerce.

⁸⁰⁹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°1202, p. 471.

⁸¹⁰ Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁸¹¹ C. Com. Art. L. 621-58, al. 4 : « *Les clauses d'agrément sont réputées non écrites* ».

⁸¹² C. Com. Art. L. 621-58, al. 1.

neutralisation des clauses d'agrément, plusieurs auteurs refusaient son application aux sociétés de personnes comme aux sociétés à responsabilité limitée, qui ont un caractère *intuitu personae*⁸¹³. En droit positif, la même remarque peut être faite à propos de l'article L. 631-19, II du Code de commerce qui dispose que : « *En cas de modification du capital social ou de cession de droits sociaux prévue dans le projet de plan ou dans le plan, les clauses d'agrément sont réputées non écrites* », lequel ne fait pas de distinction entre les sociétés de capitaux et les sociétés ayant un fort *intuitu personae*. Il est vrai que l'entrée d'un tiers, sans l'agrément des associés présents, dans une société de personnes ou une société à responsabilité limitée, pourrait également entraîner des difficultés. Néanmoins l'urgence de la situation peut légitimer l'entrée forcée d'un tiers, cela parfois au détriment de l'affectio societatis. Pourtant, il semblerait que cette solution fut écartée par le législateur.

268. La nature de l'agrément : l'éviction de l'agrément légal. Au-delà de la question sur l'application de l'article L. 631-19, II du Code de commerce à toutes les sociétés, on peut encore s'interroger sur la nature même de l'agrément. La mention de « *clauses d'agrément* » interroge en effet quant à l'application du texte à l'agrément légal.

Sous l'empire de la loi de 1985⁸¹⁴ et de l'article L 621-58 du Code de commerce, les auteurs avaient déjà conclu à une application restrictive aux seules clauses statutaires ou résultant d'un pacte d'actionnaires⁸¹⁵.

L'agrément légal organisé dans certaines sociétés avait été oublié du dernier alinéa de l'article L. 626-3 du Code de commerce, abrogé par l'ordonnance du 12 mars 2014. Désormais, en procédure de sauvegarde, le traitement des clauses statutaires et des exigences légales d'agrément sera le même puisqu'il n'y a plus de mention de « *clauses d'agrément* », le texte ayant été supprimé. En revanche, l'article L. 631-19, II du Code de commerce, applicable au projet et au plan de redressement, reprend la même stipulation de « *clauses d'agrément* » qui avait pourtant déjà fait tant débat⁸¹⁶.

La notion de « *clause* » renvoie nécessairement à une convention, ce qui laisse supposer une

⁸¹³ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°1644, p. 636.

⁸¹⁴ Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁸¹⁵ DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.-P.), HONORAT (A.)(Collab.), *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1991, p. 269.

⁸¹⁶ LEGROS (J.-P.), *Société et droit des entreprises en difficulté : gestion et restructuration de la société*, in ROUSSEL GALLES, *Entreprise en difficulté*, coll. 360°, LexisNexis, 2013, p. 105, n°243 et s. ; LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, n°6, Juin 2014, étude 11, n°10 ; DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.-P.), HONORAT (A.)(Collab.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1991, n°176, p. 110 ; MARTIN-SERF (A.), *Redressement et liquidation judiciaire – Effets à l'égard de la personne morale*, *Juris. Cl.*, Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°12.

application restrictive du texte. Si les clauses statutaires semblent de toute évidence visées, on peut également supposer que les clauses des pactes extrastatutaires le sont également. Une clause d'agrément d'un pacte d'actionnaires sera donc inopposable à la participation d'un tiers au capital d'une société en redressement judiciaire.

La reprise de cette notion, de clause d'agrément, suppose une nouvelle fois une interprétation restrictive du texte⁸¹⁷, qui laisse subsister un doute sur l'application de l'agrément légal prévu dans les sociétés de personnes et la société à responsabilité limitée⁸¹⁸. Le professeur Daigre considère que l'application de l'agrément légal irait contre la *ratio legis* de cette disposition visant à favoriser la reprise interne⁸¹⁹.

Cette solution serait compatible avec le fort *intuitu personae* qui gouverne les sociétés soumises à l'agrément légal. Le maintien de cet agrément légal reste donc opportun, l'entrée d'un nouvel associé pouvant perturber le bon fonctionnement de la société. Néanmoins, l'entrée d'un tiers sera parfois le dernier recours pour sauver l'entreprise.

Par voie de conséquence, le maintien de l'agrément légal permet alors aux associés de faire échec à la reprise interne⁸²⁰, malgré le plan de redressement. L'article L. 631-19, II du Code de commerce vise donc indirectement les sociétés par actions dans lesquelles un agrément ne peut résulter que d'une clause⁸²¹. Si un tiers souhaitait intégrer une société de capitaux en redressement judiciaire, les associés ne pourraient y faire obstacle en vertu d'une clause d'agrément, celle-ci serait réputée non écrite en vertu de l'article L. 631-19, II du Code de commerce. Ce texte semble donc réservé au cadre des sociétés de capitaux. Une extension du champ d'application de ce texte à toutes les sociétés serait pourtant souhaitable.

269. L'actionnariat en présence pourra donc faire échec à l'augmentation de capital forcée par l'agrément légal. Plus encore, le droit des entreprises en difficulté permet à l'associé de conserver son droit préférentiel de souscription, lequel pourra également faire échec à la reprise interne.

⁸¹⁷ En ce sens : LEBEL (C.), « Le départ d'un associé d'une société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 29.

⁸¹⁸ C. Com. Art. L. 223-13 ; V. En ce sens : MARTIN-SERF (A.), *Redressement et liquidation judiciaires – Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°13 ; PETEL (P.), « La reprise interne », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 129.

⁸¹⁹ DAIGRE (J.-J.), *Entreprise en difficulté- Redressement judiciaire (personne morales et dirigeant)*, Rép. Dr. Soc., avril 2018, nos^o261 et 262.

⁸²⁰ MARTIN-SERF (A.), *Sociétés Traité, Redressement et liquidation judiciaires – Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°13 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305, n°12.

⁸²¹ V. en ce sens : C. Com. Art. L. 225-23 ; L. 225-24 ; Pour la société par action simplifiée : C. Com. Art. L. 227-4. V. en ce sens : ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109, n°26.

B) La possibilité pour l'associé d'utiliser son droit préférentiel de souscription

270. La contrainte d'augmentation de capital forcée qui menace l'associé de dilution doit être relativisée car le législateur permet à l'associé de garder son droit préférentiel de souscription. Il peut en effet paraître opportun de laisser à l'associé le droit de demeurer dans la société, si cela est bénéfique pour l'entreprise en difficulté.

271. **Le maintien du droit préférentiel de souscription.** Le droit des entreprises en difficulté permet aux associés de conserver le contrôle de leur société s'ils consentent à de nouveaux efforts financiers par le biais notamment du droit préférentiel de souscription⁸²², en vertu de l'alinéa 4 de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce. Le texte reprend le mécanisme de l'article L. 225-132 du Code de commerce. À cet effet, l'alinéa 4 de l'article L. 631-19-2 dispose que : « *si l'augmentation de capital est souscrite par apports en numéraire, les actions émises sont offertes par préférence aux actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital* ».

En maintenant le droit préférentiel de souscription, le législateur donne l'occasion aux associés présents de faire échec à la reprise interne. Il permet aussi de créer une émulation entre les associés et les tiers pour le contrôle de la société. Libre à eux de participer à cette augmentation de capital à laquelle ils ne peuvent cependant s'opposer⁸²³.

Selon monsieur Couturier, cette solution semble peu cohérente au regard des objectifs du texte qui veut imposer l'entrée dans le capital des créanciers ou d'un tiers. Dans l'hypothèse où plusieurs associés useraient de cette faculté pour souscrire à une partie du capital suffisante pour garder le contrôle de la société, le droit préférentiel de souscription constituerait éventuellement un obstacle important au redressement d'une société en difficulté⁸²⁴.

Dans le même sens, le professeur Parachkevova pense que le maintien de ce droit préférentiel de souscription risque de « *compromettre les équilibres déjà fragiles sur lesquels repose une telle restructuration. Aussi théorique qu'il puisse paraître face aux difficultés financières probables des actionnaires, l'exercice du DPS nuit beaucoup à la cohérence et à l'intérêt du système* »⁸²⁵.

⁸²² Pour les sociétés anonymes : C. Com. Art. L. 228-91, C. Com. Art. L. 225-132 ; Pour les sociétés par actions simplifiée : C. Com. Art. L. 227-1, al. 3 ; Pour les sociétés en commandite par actions : C. Com. Art. L. 226-1, al. 2.

⁸²³ LUCAS (F.-X.), « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept. 2015, n°5, p. 317.

⁸²⁴ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, T. 2, Coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de HAEL (J.-P.), 2013, n°540, p. 311.

⁸²⁵ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

Il est vrai que le choix du maintien de ce droit peut par certains aspects surprendre.

Le professeur Parachkevova juge qu'il peut paraître gênant de permettre aux associés ayant refusé l'augmentation de capital de conserver leur droit préférentiel de souscription. L'auteur aurait souhaité une privation automatique de ce droit pour ces associés, en cohérence avec l'objectif de ce texte qui demeure la dilution des associés récalcitrants.

Le professeur Parachkevova dénonce encore le manque de précision de cette disposition⁸²⁶. Aucun élément dans le texte ne précise s'il est possible de renoncer ou de céder ce droit préférentiel de souscription, ou s'il est donné à l'assemblée la possibilité de le supprimer. En l'absence de précision, il faudrait alors se référer au droit des sociétés et aux articles L. 225-132 et suivants du Code de commerce. Les associés pourraient donc renoncer à titre individuel à leur droit préférentiel de souscription conformément aux articles L. 225-132, alinéa 3 et R. 225-122 du Code de commerce. Les associés auraient également la possibilité de céder ce droit⁸²⁷. Toujours selon le droit des sociétés, l'assemblée générale extraordinaire peut décider de supprimer ce droit aux associés afin de favoriser l'entrée d'un tiers. Cette solution pourrait être une opportunité intéressante pour favoriser la dilution des associés minoritaires.

272. La justification du maintien du droit préférentiel de souscription. Le maintien de ce droit préférentiel de souscription permet de « *mettre à distance le grief de non-respect des prescriptions européennes relatives aux augmentations de capital* »⁸²⁸.

Néanmoins, on peut être surpris par le choix du maintien du droit préférentiel de souscription. En effet, dans l'hypothèse où l'associé refuse de voter l'augmentation de capital alors que le dispositif d'augmentation de capital forcée a été actionné, il est difficilement imaginable que cet actionnaire réfractaire puisse finalement faire échec à la reprise interne par son droit préférentiel de souscription. Ainsi, les actionnaires ayant refusé la restructuration pourront récupérer l'exercice de leur droit de vote lors des assemblées ultérieures et perturber l'entrée du repreneur. Le maintien du droit préférentiel de souscription semble ainsi contraire à l'esprit du texte qui souhaite diluer les actionnaires réfractaires⁸²⁹. L'avènement d'une disposition prévoyant expressément l'inefficacité du droit préférentiel de souscription n'aurait donc pas manqué de sens⁸³⁰.

La question se pose alors d'une suppression par le législateur, lors des prochaines réformes, du

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°1217, p. 841.

⁸²⁸ V. en ce sens : PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJJS*, 2015, 529.

⁸²⁹ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJJS*, 2015, 529.

⁸³⁰ DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Loi Macron : La prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, 1 janvier 2015 n°1, p.1

maintien du droit préférentiel de souscription, au risque de porter atteinte au droit de l'Union européenne⁸³¹. Le maintien de ce droit ne paraît pas en accord avec les objectifs du dispositif qui cherche à favoriser l'entrée d'un tiers dans le capital de la société⁸³².

On comprend alors que l'objectif recherché est d'atténuer l'atteinte faite aux associés expropriés aux termes de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce⁸³³. On peut donc supposer que cette disposition fut la concession faite par les parlementaires au conseil constitutionnel devant statuer sur la compatibilité de cette augmentation de capital forcée avec le principe de la propriété souveraine.

273. Pour conclure, la conservation des droits préférentiels de souscription laisse une dernière chance à l'associé de s'acquitter de son « *devoir de secours* » envers la société. Cependant, le droit des entreprises en difficulté s'est, de notre point de vue, compromis, en acceptant le maintien des associés présents à l'augmentation de capital au risque de neutraliser l'efficacité du dispositif de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce.

274. Conclusion Section I. L'associé peut ainsi être contraint à l'acceptation d'une augmentation de capital en faveur d'un tiers. Cependant, les nombreuses lacunes du dispositif entament son efficacité. On notera également que l'associé pourra éviter d'être dilué en participant à l'augmentation de capital. Cette mesure s'inscrit donc pleinement dans le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

⁸³¹ Dir. PE. Et Cons. UE n°2012/30. 25 oct. 2012. V. également : PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, 529 s., sp, p. 530.

⁸³² PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 530.

⁸³³ V. en ce sens : DAMMAN (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*, 1 oct. 2015 n°10, p. 521.

SECTION II

La neutralisation de l'associé réfractaire par la privation de l'exercice de son droit de vote

275. Dans le cadre de l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce, l'associé qui refuse d'adopter une augmentation du capital social se verra dépossédé de l'exercice de son droit de vote au profit d'un mandataire qui votera à sa place. Afin de préserver l'intérêt social, le droit des entreprises en difficulté porte atteinte au pouvoir de décision de l'associé (§I). L'intervention d'un mandataire marque cette contrainte faite à l'associé, lequel ne pourra que difficilement s'y opposer. En effet, cette contrainte pesant sur l'associé, qui est alors obligé de subir l'augmentation de capital destinée à faire entrer un tiers, pourra toutefois faire l'objet de recours lorsque la légitimité de ce dispositif posera question. Ce recours n'aura pourtant que peu de chance d'aboutir, dans la mesure où ce dispositif défend l'intérêt social (§II).

§I - La privation de l'exercice du droit de vote de l'associé réfractaire justifiée par le sauvetage de l'entreprise

276. Afin de contraindre l'associé à participer au sauvetage de l'entreprise, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce dispose qu'un mandataire peut être désigné afin « *de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital* ». Cette disposition se justifie par la protection de l'intérêt social (B). Si le texte exprime clairement que le mandataire doit voter à la place de l'associé, rien n'est indiqué sur le droit de participer à l'assemblée des associés. On peut cependant considérer, au regard de la jurisprudence, que l'associé conserve son droit de participer aux assemblées (A).

A) Le maintien du droit de participer malgré la privation de l'exercice du droit de vote

277. Le droit des procédures collectives prive l'associé de l'exercice de son droit de vote s'il refuse d'approuver une reprise interne par augmentation de capital. Cette conduite de l'associé réfractaire, perturbant le sauvetage de l'entreprise, ne le prive cependant pas de son droit à participer aux débats de l'assemblée.

278. Une dépossession de l'exercice du droit de vote. Le législateur propose dans la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, des mesures visant à déposséder l'associé ou l'actionnaire de l'exercice de ses droits politiques. L'associé qui voterait contre une augmentation de capital nécessaire à l'entrée d'un tiers dans le capital et à l'aboutissement d'un plan de continuation, se verrait privé de l'exercice de son droit de vote.

Ce texte s'inscrit dans le prolongement de l'ordonnance n°2014-236 et de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce sur la reconstitution des capitaux propres, au terme desquels les associés ou actionnaires réfractaires sont également dépossédés de l'exercice de leur droit de vote au profit d'un mandataire⁸³⁴. La nomination du mandataire est indispensable pour conserver à l'assemblée son pouvoir de décision⁸³⁵.

On remarque que le législateur a tenu compte des remarques de la doctrine sur l'imprécision de la formulation d'associés « *opposants* »⁸³⁶. Il utilise cette fois une formulation plus précise, qui permet ainsi d'écarter l'hypothèse d'une simple abstention⁸³⁷. La jurisprudence rappelle en effet que l'associé est libre de voter et qu'il peut s'en tenir à un rôle de bailleur de fonds⁸³⁸. L'associé est donc libre de ne pas voter l'augmentation du capital, mais le législateur a prévu l'hypothèse d'une abstention qui aurait pour simple but de contourner la mesure.

279. Le maintien du droit de participer aux assemblées. Bien que l'associé soit privé de son droit de vote au profit d'un mandataire, la question se pose du maintien de son droit de participer à l'assemblée. Autrement dit, l'associé privé de son droit de vote peut-il participer aux débats qui précèdent le vote ? À l'image des décisions rendues en matière d'indivision et de titres démembrés, ces associés ne pourraient-ils pas conserver un droit d'assister aux délibérations ? Par analogie, on peut supposer que le mandataire devrait convoquer les associés afin qu'ils puissent être présents et participer aux débats⁸³⁹.

Il faut revenir sur la question de savoir si le droit de voter et le droit de participer sont

⁸³⁴ C. Com. Art. L. 626-3. V. GENESTOUX (A.), « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.* n°5, Novembre 2015, alerte 17, spéc. n°5 ; LUCAS (F.-X.), « Présentation e l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, mars 2014, p. 111, n°111 ;

⁸³⁵ Cette méthode est inspirée de l'abus de majorité, lorsque les associés majoritaires exercent leur droit de vote au détriment des minoritaires et de façon contraire à l'intérêt de la société.

⁸³⁶ Sur ces critiques : V. Notamment : SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.* n°3, Mai 2015, dossier 42, n°14.

⁸³⁷ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

⁸³⁸ « *La participation aux décisions de la société à responsabilité limitée ne constitue pas une obligation pour l'associé* » : CA Paris, 18 déc. 1990, éd. E, II, 15838, *Dr. Sociétés* 1990, n°82 ; CA Paris 15 déc. 1983, *Bull. Joby*, 1984, §102, p. 292.

⁸³⁹ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, 529 s.

indissociables⁸⁴⁰.

Il est notable que dans le cas particulier d'un démembrement de propriété, le caractère essentiel du droit de vote a tout d'abord été consacré par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1932⁸⁴¹ et par l'arrêt du 23 juin 1941, dit *Cornet*⁸⁴².

Mais ce principe a été remis en cause par l'arrêt de la Cour de cassation, dit *De Gaste*⁸⁴³, du 4 janvier 1994⁸⁴⁴. La Cour de cassation reconnaît explicitement la qualité d'associé du nu-proprétaire mais admet qu'il puisse être privé de son droit de vote de façon statutaire, ce qui suppose que le droit de vote n'est plus un attribut essentiel de l'associé⁸⁴⁵. On ne peut cependant le priver de son droit d'être présent à l'assemblée. Il est notable toutefois qu'alors qu'un des deux porteurs du titre démembré a toujours la qualité de voter, qu'il n'y ait pas atteinte au principe d'un droit de vote attaché au titre sur le capital. De plus, il est admis que l'usufruitier et le nu-proprétaire ont la qualité d'associé⁸⁴⁶.

Néanmoins, la Cour distingue dans cet arrêt le droit de participer et le droit de voter, ce dernier seul revêtant un caractère essentiel⁸⁴⁷.

Cependant, en dehors des cas de démembrement de propriété et de l'indivision⁸⁴⁸, le droit de participer est un droit fondamental de l'associé énoncé à l'alinéa 1 de l'article 1844 du Code civil. Au terme de cette disposition, l'associé devrait être a minima convoqué aux assemblées pour y assister et participer aux débats et disposer des informations relatives aux décisions qui

⁸⁴⁰ V. notamment sur cette question : EZKINAZI (D.), *La qualité d'associé*, th. Cergy-Pontoise, 2005, p. 36, nos^o 43 et s.

⁸⁴¹ Cass. Civ. 7 avr.1932, D. P., 1933, I, 153, note CORDONNIER (P.).

⁸⁴² LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n^o451, p. 371.

⁸⁴³ La Cour de cassation a dû se prononcer sur une clause statutaire « instituant la représentation du nu-proprétaire par l'usufruitier, qui avait seul le droit de participation et de vote à toutes les assemblées générales, même extraordinaires ou modificatives des statuts, quelle que soit la nature de la décision à prendre » (V. Attendu de l'arrêt : Cass. Com., 4 janv. 1994, n^o91-20.256, *Bull. Civ.*, IV 1994, n^o10, p. 8). Alors que la cour d'appel avait admis la validité de la clause, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que la clause privait les nus propriétaires de leur droit de participer. Dans cet arrêt la Cour distingue donc clairement droit de participer et droit de voter.

⁸⁴⁴ Cass. Com., 4 janv. 1994, n^o91-20.256, *Bull. civ.*, IV 1994, n^o10, p. 8 ; *Dr. Et patrimoine*, juillet-Août 1994, p. 69, obs. BERTREL (J.-P.) ; *Dr. Et Patr.*, nov. 1994, p. 20, note BONDUCELLE (P.) et TOLUB (B.) ; *Dr. Sociétés*, 1994, comm. n^o45, note BONNEAU (T.) ; *Bull. Joly*, 1994, p. 249, note DAIGRE (J.-J.) ; *Gaz. Pal.*, 1995, 1, p. 1, note DELVAL (M.) ; *Deffrénois*, 30 avr. 1994, n^o8, p. 556, note LE CANNU (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 278, note LECENE-MARENAUD ; *JCP éd E*, 1994, I, 363, n^o4, note VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *RTD Civ.*, 1994, p. 644, note ZENATI (F.) ; *BJS*, 1994, p. 279, note DAIGRE (J.-J.) ; *JCP éd. N*, 1995, I, p. 269, GARÇON (J.-P.) ; *Rev. Société*. 1994, p. 278, note LECENE-MARENAUD (M.).

⁸⁴⁵ En ce sens : DAIGRE (J.-J.), « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP éd. E*, 1999, p. 566.

⁸⁴⁶ COZIAN (M.), « Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier qui a la qualité d'associé ? », *JCP éd. E*, 1994, II, 374.

⁸⁴⁷ EZKINAZI (D.), *La qualité d'associé*, th. Cergy-Pontoise, 2005, n^o46, p. 39 ; En ce sens également : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n^o454, p. 372.

⁸⁴⁸ Cass. Com., 21 janv. 2014, n^o13-10.151 ; *Bull. Civ.*, IV., n^o16 ; *BJS*, avr. 2014, p. 212, n^o111u8, note PORACCHIA (D.) et BARBIER (H.) ; *D.*, 2014, p. 647, note BORGA (N.).

vont être prises⁸⁴⁹. Néanmoins, il est en effet difficile de dissocier le droit de participer du droit de vote, le second étant une branche du premier⁸⁵⁰. Ainsi la privation du droit de vote de l'associé entraînerait celle de son droit de participer aux délibérations.

En ce sens, la loi Pacte du 19 juillet 2019 a modifié l'article L. 225-40 du Code de commerce, concernant la procédure de vote des conventions réglementées. La personne directement ou indirectement intéressée, même si elle est administrateur ou membre du conseil de surveillance, « ne peut prendre part ni aux délibérations ni au vote sur l'autorisation sollicitée ». La loi Pacte semble donc craindre la toxicité de la participation de l'associé dans une assemblée devant statuer sur un conflit d'intérêts avec la société et lie indissociablement, droit de vote et droit de participer. Cette solution doit-elle être appliquée à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce ? Une réponse négative semble s'imposer.

On peut démontrer que si le droit de vote est un droit essentiel de l'associé, il ne dispose pas du même degré d'intangibilité que le droit de participer. Le droit de vote peut en effet être modulé, il existe notamment des actions de préférence sans droit de vote. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1994 appuie cette idée, puisqu'en l'espèce la Cour a affirmé que malgré l'absence de droit de vote du nu-proprétaire, celui-ci conservait son droit de participer⁸⁵¹. De plus, depuis la loi du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés⁸⁵², l'alinéa 3 de l'article 1844 dispose que : « Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives ». Cette solution avait déjà été affirmée par la Cour de cassation pour le nu-proprétaire⁸⁵³. Le législateur apporte une précision bienvenue pour l'usufruitier, qui ne peut donc être privé de son droit de participer⁸⁵⁴. Rappelons

⁸⁴⁹ MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°259, p. 113.

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ Cass. Com., 4 janv. 1994, n°91-20.256, Bull. civ. IV 1994, n°10, p. 8 ; *Dr. Et Patr.*, juillet-août 1994, p. 69, obs. BERTREL (J.-P.) ; *Dr. Et Patr.*, nov. 1994, p. 20, note BONDUELLE (P.) et TOLUB (B.) ; *Dr. Sociétés*, 1994, comm. N°45, note BONNEAU (T.) ; Bull. Joly, p. 249, note DAIGRE (J.-J.) ; *Gaz. Pal.* 1995, 1, p. 1, note DELVAL (M.) ; *Deffrénois*, 30 avr. 1994, n°8, p. 556, note LE CANNU (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 278, note LECENE-MARENAUD ; *JCP éd E* 1994, I, 363, n°4, note VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; RTD Civ., 1994, p. 644, note ZENATI (F.) ; *BJS*, 1994, p. 279, note DAIGRE (J.-J.) ; *JCP éd. N*, 1995, I, p. 269, GARÇON (J.-P.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 278, note LECENE-MARENAUD (M.).

⁸⁵² Loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

⁸⁵³ Cass. Com., 4 janv. 1994, n°91-20.256, Bull. civ. IV 1994, n°10, p. 8 ; *Dr. Et Patr.*, juill.-août 1994, p. 69, obs. BERTREL (J.-P.) ; *Dr. Et Patr.*, nov. 1994, p. 20, note BONDUELLE (P.) et TOLUB (B.) ; *Dr. Sociétés*, 1994, comm. n°45, note BONNEAU (T.) ; Bull. Joly, 1994, p. 249, note DAIGRE (J.-J.) ; *Gaz. Pal.*, 1995, 1, p. 1, note DELVAL (M.) ; *Deffrénois*, 30 avr. 1994, n°8, p. 556, note LE CANNU (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 278, note LECENE-MARENAUD ; *JCP éd E*, 1994, I, 363, n°4, note VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; RTD Civ., 1994, p. 644, note ZENATI (F.) ; *BJS*, 1994, p. 279, note DAIGRE (J.-J.) ; *JCP éd. N*, 1995, I, p. 269, GARÇON (J.-P.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 278, note LECENE-MARENAUD (M.).

⁸⁵⁴ COUPET (C.), « Loi du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation : miscellanées de droit des sociétés », *BJS*, oct. 2019, n°10, p. 35 ; Le professeur Barbièri pose la question de l'utilité d'un renforcement

que l'article 1844 du Code civil, disposant que l'associé a le droit de participer aux assemblées, est d'ordre public. Ainsi, alors que les statuts de la société peuvent atteindre le droit de vote de l'associé, notamment par la création d'actions de préférence⁸⁵⁵, ils ne peuvent priver l'associé du droit de participer aux délibérations de l'assemblée⁸⁵⁶.

Ainsi, l'associé conserve donc son droit de participer malgré la privation de son droit de vote prévue à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce.

Il est donc permis de douter de la privation du droit de participer de l'associé dans le cadre de l'application de la mesure d'augmentation de capital forcée. On rejoint donc l'analyse du professeur Parachkevova, qui considère que « *le mandataire à l'assemblée, statuant sur l'augmentation de capital* », a le devoir de convoquer les associés afin qu'ils puissent être présents et participer aux débats sur le vote de l'augmentation de capital⁸⁵⁷.

280. Par voie de conséquence, la privation du droit de participer de l'associé paraît d'une part délicate eu égard au principe affirmé par l'article 1844 du Code civil qui dispose que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». D'autre part, elle peut également être jugée inopportune car l'associé réfractaire, éventuellement dirigeant peut avoir une opinion intéressante à exprimer. Enfin, même si l'associé réfractaire dispose toujours de son droit de participer, il n'interviendra pas sur la décision d'augmenter le capital social votée par le mandataire.

B) La privation de l'exercice du droit de vote justifiée par la défense de l'intérêt social

281. Bien que le droit de vote soit un droit fondamental de l'associé, dans le cadre d'une procédure collective, l'associé doit voter les restructurations nécessaires au sauvetage de l'entreprise. La privation de l'exercice du droit de vote de l'associé peut donc être justifiée par l'intérêt social.

282. L'intérêt social comme motif de privation du droit de vote. Le droit de vote est considéré comme un droit fondamental de l'associé. Le législateur⁸⁵⁸ et la jurisprudence⁸⁵⁹

des droits de l'usufruitier ? Selon lui, cette disposition n'était pas nécessaire car « *l'usufruitier, qu'il soit personne physique ou personne morale, n'est qu'un passager ad tempus dans la société sur la stratégie de laquelle il ne saurait peser* » : BARBIERI (J.-F.), « Simplifier le droit des sociétés pour mieux complexifier », *BJS*, juill. 2019, n°7-8, p. 1.

⁸⁵⁵ C'est le cas des actions de préférence sans droit de vote.

⁸⁵⁶ V. CA Orléans, 21 févr. 2019, n°18-014101.

⁸⁵⁷ PARACHEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

⁸⁵⁸ C. Com. Art. L. 242-9.

⁸⁵⁹ Cass. Civ., 7 avr. 1932, *D.*, 1933, 1, p. 153, note CORDONNIER (P.) ; *Journal des sociétés*, 1934, p. 289, note LECOMPTE ; S. 1993, I, p. 177, note ROUSSEAU (H.).

ont d'ailleurs précisé qu'un associé ne pouvait être privé de ce droit, sauf disposition légale expresse⁸⁶⁰. Dans le même sens, l'article L. 228-29 du Code de commerce dispose que « à l'expiration du délai fixé par décret en Conseil d'état, les actions sur le montant desquelles les versements exigibles n'ont pas été effectués, cessent de donner droit à l'admission et aux votes dans les assemblées d'actionnaires et sont déduites pour le calcul du quorum ». L'associé qui ne libérerait pas son apport au terme peut ainsi être privé de son droit de vote⁸⁶¹.

Ce droit fondamental de l'associé doit pourtant céder devant l'enjeu de pérennisation de l'entreprise. Cette dépossession peut être fondée sur le même principe que l'intérêt social qui permet de sanctionner l'abus de minorité ou de majorité. En effet, le refus des assemblées de procéder à des opérations susceptibles de conduire au redressement de l'entreprise sociétaire est constitutif d'un abus ou d'une atteinte à l'intérêt social. C'est sur ce fondement que le juge s'appuie généralement pour son contrôle sur le droit de vote des associés. Monsieur Ledoux fait cependant appel à la prudence des juges. Selon lui, instituer l'intérêt social comme justification de l'intervention du juge risque de dériver vers un gouvernement judiciaire des sociétés, cette notion d'intérêt social ne faisant l'objet d'aucune définition⁸⁶². C'est donc avec prudence que le juge doit intervenir dans la gestion des entreprises. L'absence de définition de l'intérêt social fait cruellement défaut.

Dans le droit des procédures collectives, on peut considérer que le juge défend d'abord l'intérêt de l'entreprise et ensuite l'intérêt des parties prenantes, ces dernières largement entendues : les créanciers, les salariés, les fournisseurs... C'est cette finalité qui orienterait le droit de vote des actionnaires lorsque la société est en procédure collective. C'est en tout cas ce que nous laissent penser les derniers textes issus des récentes réformes⁸⁶³. Cet intérêt social doit être appréhendé dans son sens large, voire peut-être de façon différente de celui des sociétés in bonis. Dans le contexte du droit des entreprises en difficulté, le risque de la liquidation de l'entreprise est plus important, le contexte y est plus difficile.

283. Ces circonstances expliquent cette sanction « *surpuissante* »⁸⁶⁴ de dépossession du droit de vote. La protection de l'intérêt social justifie la privation des droits politiques de

⁸⁶⁰ Cass. Com. 23 oct. 2007, n°06-16537, *BJS*, févr. 2008, p. 101, note SCHMIDT (D.) ; *JCP éd. G*, 2007, II, n°10197, note BUREAU (D.).

⁸⁶¹ Cf. *Infra*. n°683.

⁸⁶² LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°136, p. 130.

⁸⁶³ L'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; Le rôle de l'associé au sauvetage de l'entreprise ressort également de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁸⁶⁴ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

l'associé, s'ils en font un usage mettant la société en péril. Les techniques sociétaires ne peuvent être utilisées qu'à des fins bénéfiques pour la société. Le droit des entreprises en difficulté se doit également de protéger la réalisation de ces opérations sociétaires en imposant une procédure rigoureuse.

§II - L'impuissance de l'associé réfractaire face au dispositif d'augmentation de capital forcée

284. On remarque que l'associé dispose de divers recours pouvant remettre en cause le dispositif d'augmentation de capital forcée, lesquels semblent cependant peu efficaces, dès lors que le dispositif sert un intérêt supérieur.

285. Les voies de recours. Il paraît légitime de donner à diverses personnes des voies de recours au regard de l'atteinte portée aux droits de l'associé. Le législateur laisse donc une possibilité d'appel ou de pourvoi en cassation contre la décision judiciaire. Cette possibilité est ouverte à plusieurs personnes dont le débiteur, l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire, le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, ou à défaut le représentant des salariés, les associés ou les actionnaires concernés par la mesure et le ministère public, conformément à l'article L. 661-1^o, I, 6^o bis du Code de commerce. La remise en cause du dispositif aura peu de chance d'aboutir, dans la mesure où il sert un objectif supérieur, celui du sauvetage de l'entreprise.

286. La possibilité d'une expertise *in futurum*. La question se pose encore de la possibilité, pour l'associé opposant à l'augmentation de capital, de demander une expertise *in futurum* sur le vote du mandataire.

Dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 18 novembre 2014⁸⁶⁵, un administrateur judiciaire a été désigné en tant que mandataire ad hoc afin de sanctionner un abus de minorité. La question était de savoir si l'administrateur judiciaire devait communiquer à l'associé qu'il représentait des documents, concernant l'exécution de sa mission, par le biais d'une expertise *in futurum* ? La Cour de cassation considère que par sa qualité de mandataire il est tenu à un devoir de neutralité, lequel lui impose de se limiter à la simple prise en compte de l'intérêt de l'associé minoritaire en votant prioritairement dans le sens de l'intérêt social. Ainsi, l'expertise

⁸⁶⁵ Cass. Com., 18 nov. 2014, n°13-19767, *Sté Soper*, FS-PB, BJS, Fév. 2015, n°113a2, n°2, p. 93.

in futurum est légitime dans le cadre de l'exécution de ce mandat.

On peut alors transposer cette solution au dispositif d'augmentation de capital forcée⁸⁶⁶, lequel s'inspire des modalités de l'abus du droit de vote. Ainsi, une expertise in futurum ordonnée par le juge à la demande notamment d'un associé réfractaire, répondant d'un intérêt légitime, peut-elle être utilisée dans le cadre d'une augmentation de capital forcée ? *A priori*, la réponse semble être négative.

L'expertise in futurum trouve son fondement à l'article 145 du Code de procédure civile qui dispose que : « *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* ». Cette expertise est donc ouverte aux associés ainsi qu'à toute personne intéressée, sous la condition qu'ils aient un motif légitime. La demande sera soumise à la réunion de deux éléments, elle doit être demandée en vue d'une action en justice et par un intéressé ne disposant pas de suffisamment de preuves.

Tout d'abord, la Cour de cassation a notamment précisé récemment que seul le juge-commissaire peut désigner un technicien, dès lors que la demande est faite concernant le sort d'une entreprise en procédure collective, conformément à l'article L. 621-9 du Code de commerce. Cet article dispose que : « *Lorsque la désignation d'un technicien est nécessaire, seul le juge-commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine* »⁸⁶⁷. L'associé minoritaire ne peut donc pas solliciter auprès du juge des référés une expertise in futurum, car cette demande aura un effet direct sur l'adoption du plan⁸⁶⁸.

Ensuite, dans le cas où l'associé opposant saisirait le juge-commissaire, cette action n'aurait pas plus de chance d'aboutir. Bien que l'article 145 du Code de procédure civile et ses conditions doivent être écartées lors d'une procédure collective, il servira cependant de référence au juge-commissaire lequel exigera les mêmes conditions. Or une des conditions d'exercice de l'expertise in futurum est que le demandeur ait un « *motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige* », comme le mentionne l'article 145 du Code de procédure civile. Dans le cadre d'une augmentation de capital forcée, aucun motif

⁸⁶⁶ Cette analogie a été faite par le professeur Parachkevova à propos de la reconstitution forcée des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social en procédure de redressement judiciaire. Néanmoins, les modalités étant les mêmes que pour le dispositif d'augmentation de capital forcée, on peut se poser la même question : PARACHKEVOVA (I.), « L'abus de minorité, le mandataire ad hoc et l'administrateur judiciaire : quelle place pour le secret professionnel et l'expertise in futurum ? », *BJS*, n°2, p. 93.

⁸⁶⁷ V. Sur ce monopole : Cass. Com., 17 sept. 2013, n°12-17.741, *SA Dumoulin NV*, F-PB, *BJS*, 1 nov. 2013, n°110, note COUTURIER (G.) ; *Rev. Sociétés*, 2013, p. 731, obs. HENRY (C.).

⁸⁶⁸ V. PARACHKEVOVA (I.), « L'abus de minorité, le mandataire ad hoc et l'administrateur judiciaire : quelle place pour le secret professionnel et l'expertise in futurum ? », *BJS*, n°2, p. 93.

légitime ne semble pouvoir être avancé. Dans le cadre de l'augmentation de capital forcée l'article L. 619-19-2 du Code de commerce, le mandataire se voit strictement confier la mission de « voter en lieu en place des actionnaires ayant refusé l'augmentation du capital ». On rejoindra le professeur Parachkevova qui considère à propos du vote du mandataire que « l'on voit mal quelle faute pourrait lui être reprochée et justifier une expertise préalable à une action en justice »⁸⁶⁹.

Enfin, notons que l'analogie entre l'article L. 145 du Code de procédure de civil et l'article L. 621-9 du Code de commerce paraît toutefois difficile, car les deux textes régissent des situations bien distinctes. L'expertise *in futurum* n'est a priori applicable que lors d'un procès, alors que l'article L. 621-9 du Code de commerce concerne une procédure collective.

L'expertise *in futurum* demeure donc une voie interdite pour contester ce dispositif d'augmentation de capital forcée⁸⁷⁰.

L'importance de cette mesure pour la survie de l'entreprise impose aux associés une limitation de leurs recours. Si l'objectif de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce est de dissuader les associés de s'opposer à une augmentation de capital essentielle au plan de continuation, les recours contre le dispositif doivent être limités.

287. Conclusion Section II. La création d'un dispositif d'augmentation de capital forcée atteste de la volonté du législateur d'impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise, ou du moins de l'empêcher d'y faire obstacle. Cette mesure autoritaire va permettre de passer outre la volonté de l'associé en le privant de l'exercice de son droit de vote. Il aurait tout de même été souhaitable de préciser si l'associé disposait toujours de son droit de participer à l'assemblée. Malgré la dureté de cette mesure, elle demeure légitime car défendant l'intérêt social. Bien que l'associé victime de l'augmentation du capital dispose de plusieurs recours, leur exercice sera hasardeux. La mise en place d'un principe impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise a ainsi été amorcé par le législateur, l'augmentation de capital forcée et la cession forcée des titres illustrent cette volonté.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ *Ibid.*

Conclusion du chapitre I.

288. Les techniques sociétaires vouées au sauvetage des sociétés en difficulté ont été favorisées par le législateur qui peut donc contraindre les associés à les adopter. Le législateur introduit en droit des entreprises en difficulté un dispositif permettant de forcer une reprise interne par augmentation de capital.

289. Cette mesure porte fortement atteinte aux droits de l'associé. Afin de les justifier, de nombreuses conditions entourent le dispositif, ce qui entame son efficacité.

En présence d'un tiers souhaitant intégrer le capital social de la société, la loi Macron prévoit dans le cadre d'un redressement judiciaire et sous certaines conditions de taille et d'importance économique de l'entreprise, que le mandataire pourra voter en lieu et place des associés s'opposant à l'augmentation de capital. Ce dispositif d'augmentation de capital forcée permet de passer outre le vote des associés et de permettre une reprise interne par voie d'augmentation du capital social. Plusieurs points doivent cependant être précisés. L'article L. 631-19-2 du Code de commerce, comporte de nombreuses imprécisions, sources d'insécurité juridiques et de contentieux. Son efficacité doit être relativisée, du fait des conditions trop importantes à réunir pour son application. Ces lacunes attestent d'un dispositif encore en construction. Toutefois, il est révélateur de la volonté du législateur de neutraliser le pouvoir de nuisance de l'associé sur le sauvetage de l'entreprise.

Malgré le dispositif d'augmentation de capital forcée, l'associé pourra toutefois éviter d'avoir son capital dilué. En procédure de sauvegarde, il pourra tout d'abord s'opposer à une reprise interne en faisant jouer une clause d'agrément. En procédure de redressement judiciaire, alors que le législateur a prévu un dispositif d'augmentation de capital forcée, les mécanismes d'agrément ne seront que partiellement applicables. En effet, le législateur a fait le choix de maintenir l'application de l'agrément légal, permettant ainsi aux associés de sociétés empreints d'un fort *intuitu personae*, de faire échec à l'entrée d'un tiers. Enfin, si la finalité est la reprise interne, on peut s'étonner que le législateur ait laissé à l'associé son droit préférentiel de souscription. Bien que le maintien de ce droit puisse créer une émulation, entre les associés en présence et le repreneur, pour le contrôle de la société. Dans l'intérêt de l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté incite ainsi l'associé à participer au sauvetage de l'entreprise.

290. Le dispositif d'augmentation de capital forcée permet de priver l'associé, réfractaire à une augmentation de capital, de l'exercice de son droit de vote et de le confier à un mandataire qui votera à sa place.

Ce mécanisme, inspiré de l'abus du droit de vote, impose à l'associé l'entrée d'un tiers et corrélativement la dilution de son capital. Si l'associé est privé de l'exercice de son droit de vote, il semble toutefois légitime de penser qu'il conserve son droit de participer aux assemblées. Si l'atteinte au droit de vote présente de nombreux exemples en droit des sociétés, il en est autrement du droit de participer qui est plus protégé. Le même principe paraît devoir être transposé au droit des entreprises en difficulté. En outre, il convient de préciser que malgré l'atteinte faite aux droits l'associé, l'intérêt social, entendu en l'espèce comme l'intérêt de l'entreprise, rend légitime cette mesure. En effet, les enjeux liés au redressement de l'entreprise dépassent les intérêts personnels des associés.

Dans de telles circonstances, il est légitime que l'associé dispose de recours contre le dispositif. Néanmoins, motivé par l'intérêt supérieur qu'est la préservation de l'économie, l'associé aura peu de chance de voir ses contestations aboutir. Il a encore été démontré que l'expertise in futurum s'avère inopérante dans ce cas, notamment car le contexte est bien différent de son application classique, soit dans un procès.

291. Bien que cette mesure n'intéresse qu'une faible partie des associés et qu'elle présente encore des lacunes, la privation de l'exercice du droit de vote légitimée par l'intérêt social, est emblématique de cette idée d'impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

CHAPITRE II

La cession forcée des titres de l'associé vecteur du sauvetage de l'entreprise

292. La confiance des investisseurs dans le redressement de l'entreprise sera difficile à obtenir. Plusieurs dispositions du droit fiscal visent toutefois à attirer des investisseurs, en l'exonérant du paiement des droits d'enregistrement, lorsque la société est placée sous une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁸⁷¹.

293. L'investisseur désireux de prendre le contrôle d'une société disposera de plusieurs moyens pour intégrer la société. Monsieur De Bermond de Vaulx résume très bien ces opérations en précisant que : « *Le transfert du contrôle de la personne morale après le jugement d'ouverture peut résulter de la cession des parts ou actions des dirigeants réalisées selon deux procédures offertes par le droit des sociétés, soit l'augmentation du capital social réservée au repreneur, soit la cession des titres détenus par les débiteurs concernés, étant entendu qu'en pratique ces deux techniques peuvent être utilisées de façon conjointe pour renforcer la maîtrise du nouveau décideur sur l'entreprise à renflouer* »⁸⁷².

294. Dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, le droit de vote peut être vu comme un obstacle à la survie de la société. Les associés ont en effet le pouvoir de voter les restructurations essentielles à la poursuite de l'activité. Ils peuvent aussi y faire obstacle si l'opération est dommageable pour leurs intérêts personnels⁸⁷³. Le droit des entreprises en difficulté permettra alors de neutraliser l'actionnaire refusant l'augmentation de capital, pour favoriser la survie de l'entreprise⁸⁷⁴. En droit des sociétés, tout associé est libre de demeurer ou de quitter la société⁸⁷⁵, sauf disposition légale contraire. Ce principe, pourtant confirmé par la

⁸⁷¹ Selon l'article. L. 726, II, b° du Code général des impôts sont exonérés à des droits d'enregistrement les cessions de droits sociaux destinées : « *aux acquisitions de droits sociaux de sociétés placées sous procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire* ».

⁸⁷² DE BERMOND DE VAULX (J.-M), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221.

⁸⁷³ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : Entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°437, p. 332.

⁸⁷⁴ Sur la neutralisation de l'actionnaire et de son droit de vote : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, nos°65 et s., p. 43 et s.

⁸⁷⁵ LAPOYADE DESCHAMPS (C.), « La liberté de se retirer d'une société », *D.*, 1978, chron. p. 123.

doctrine⁸⁷⁶ et la jurisprudence⁸⁷⁷, trouve une nouvelle exception avec les nouvelles dispositions insérées par les récentes réformes du droit des entreprises en difficulté dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. L'objectif est de contourner le « *pouvoir de nuisance* »⁸⁷⁸ des associés.

295. Les enjeux économiques et la morale des affaires⁸⁷⁹ commandent de sauver l'entreprise et l'emploi, sans grande considération pour les associés en place, à partir du moment où le sort de l'entreprise le requiert. Dans cette perspective, l'associé dirigeant peut-être évincé, lorsque suspecté dans sa capacité à assurer le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Le cas échéant, ce dirigeant « *responsable* » des difficultés de l'entreprise peut se voir infliger : l'incessibilité de ses droits sociaux⁸⁸⁰ ou son remplacement comme condition de l'adoption du plan, par la cession forcée de ses titres prononcée par une décision de justice⁸⁸¹ (**Section I**).

296. Depuis la loi Macron⁸⁸², l'associé dirigeant ne sera plus la seule victime du dispositif de cession forcée des titres. Désormais, l'associé, même non dirigeant, qui refuserait d'adopter une modification du capital déterminante pour la survie de l'entreprise, pourra, sous certaines conditions, voir ses titres cédés. Cette « *arme* » permet au tribunal d'évincer un associé qui abuserait de son droit de vote en faisant échec aux enjeux socio-économiques défendus par le droit des entreprises en difficulté. Ce dispositif de cession forcée des titres des associés peut être vu comme la conséquence du refus de l'associé de se soumettre à son devoir de secours. L'associé doit sacrifier ses intérêts personnels lors de l'utilisation de son droit de vote en assemblée, au bénéfice du sauvetage de l'entreprise. L'associé qui constituerait une menace pour l'entreprise en difficulté, en refusant de se soumettre à son devoir de secours, sera évincé judiciairement de la société par la cession forcée de ses titres (**Section II**).

⁸⁷⁶ STORCK (J.-P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1995, p. 535.

⁸⁷⁷ Cf. *Infra*. n°371.

⁸⁷⁸ DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, p. 752.

⁸⁷⁹ COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, *Morceaux choisis*, n°148, p. 26.

⁸⁸⁰ C. Com. Art. L. 631-10.

⁸⁸¹ C. Com. Art. L. 631-19-1.

⁸⁸² Loi n°2015-990 du 6 août 2015 – art. 238.

SECTION I

La neutralisation de l'associé dirigeant favorisant le sauvetage de l'entreprise

297. Le dirigeant doit œuvrer dans l'intérêt de la société, il bénéficie des attributions nécessaires à la gestion de l'entreprise. Lorsqu'elle est en crise, la gestion est plus difficile et les actes sont plus importants, les conflits d'intérêts entre les dirigeants associés et l'entreprise porteurs de risques sont plus importants. Ainsi, on peut s'interroger sur les facultés du dirigeant en place à gouverner. Lorsque l'entreprise est en cessation des paiements, le dirigeant peut être suspecté, voire être considéré comme responsable de la déconfiture de l'entreprise. La direction encourt donc le risque d'être évincée afin de préserver les chances de sauvetage de l'entreprise. Plusieurs mécanismes du droit des sociétés peuvent être utilisés pour remanier la direction⁸⁸³. En droit des sociétés, un dirigeant peut être évincé que par la révocation⁸⁸⁴ ou par le choix des associés de désigner un nouveau dirigeant⁸⁸⁵. Le dirigeant est maintenu à la tête de la société pendant la procédure collective, mais les dispositions sur sa révocabilité sont également toujours applicables⁸⁸⁶. Le dirigeant peut donc, comme lorsque la société est *in bonis*, se voir nommé, révoqué ou remplacé⁸⁸⁷.

Il ne faut pas confondre la qualité d'associé et celle de dirigeant, lesquelles peuvent être détenues par une seule et même personne. Le dirigeant révoqué peut donc toujours disposer du pouvoir de perturber le sauvetage de l'entreprise par le droit de vote que lui confère ses titres. Il sera donc opportun d'organiser aussi la cession de ses titres si on souhaite l'évincer totalement.

⁸⁸³ Sur la révocabilité du dirigeant dans les conditions du droit commun en droit des entreprises en difficulté : MARTIN-SERF (A.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p. 31.

⁸⁸⁴ Un système indemnitaire permet désormais de protéger les dirigeants contre une révocation sans juste motif, sauf certains cas particulier (V. en ce sens : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°501, p. 365). Ces dirigeants sont révocables *ad nutum* sans préavis ni indemnité. Dans les autres cas, l'assemblée devra donc s'assurer d'un juste motif si elle veut éviter de financer la révocation de son dirigeant. Elle pourra s'appuyer sur une faute commise par le dirigeant d'une certaine gravité ou une action contraire à l'intérêt social (Cass. Com., 7 juin 1983, n°81-11.437, *Rev. Sociétés*, p. 796, note LE CANNU (P.)).

⁸⁸⁵ Lamy Droit du financement – 2015, Lamy.Line.fr, Chapitre 5 « Restructuration des sociétés en difficulté », n°1563.

⁸⁸⁶ Même en procédure de redressement judiciaire : MONSERIE-BON (M.-H.), « Les risques de l'ouverture d'une procédure collective pour les associés et les dirigeants », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, éd. L'Harmattan, 2018, p. 119 ; MARTIN-SERF (M.), « Les dirigeants et la procédure collective », 9 janv. 2002, *LPA*, n°7, p. 31.

⁸⁸⁷ Cass. Com., 7 févr. 1995, *Bull. Civ.*, IV. No40 ; *D.*, 1995, inf, rap. 75 ; BRDA. 1995, n°4, p. 4 ; *Bull. Joly*, 1995, p. 419, note LE CANNU (P.).

298. Un dispositif contractuel pourrait éventuellement aboutir à ce résultat. Un nantissement de compte titres⁸⁸⁸ peut être concédé et prévoir le cas échéant la cession des titres au profit d'un créancier impayé si l'entreprise subit une procédure collective.

Le nantissement ne dépossède pas le propriétaire des titres nantis qui conserve donc le droit de vote. Le dirigeant associé qui reste propriétaire des titres nantis, pourrait donc perturber le sauvetage de l'entreprise.

Faute de paiement de la dette garantie, le créancier pourra faire ordonner en justice la vente du bien gagé⁸⁸⁹ ou faire ordonner que le bien lui soit attribué en paiement⁸⁹⁰. Il pourra ainsi devenir propriétaire du bien gagé⁸⁹¹.

En exécution d'une telle sûreté, les titres pourront être cédés si le créancier n'est pas remboursé à l'échéance, conformément à l'article 2348 du Code civil⁸⁹² et au 2° de l'article D211-12 du Code monétaire et financier⁸⁹³. La valeur du bien sera déterminée « *par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Tout clause contraire est réputée non écrite* »⁸⁹⁴. Si la valeur du bien excède le montant de la créance garantie, la différence doit être versée au débiteur, mais une telle hypothèse reste théorique dans la mesure où les titres de l'entreprise en difficulté ne pourront représenter une valeur importante. Si le créancier devient propriétaire des titres, il disposera alors des prérogatives qui sont attachées à cette propriété, dont le droit de vote. On peut cependant s'interroger sur les aptitudes du créancier à assurer la gestion de l'entreprise. Il n'est pas certain qu'il soit plus capable que l'ancien dirigeant⁸⁹⁵.

⁸⁸⁸ Il convient de préciser que le nantissement ne portera pas sur les actions mais sur le compte sur lequel ils sont inscrits. V. C. Civ. Art. L. 1866 et C. Mon. Fin., art. L. 211-20 et art. L. 211-10.

⁸⁸⁹ C. Civ. Art. L. 2346, V. DE BERMOND DE VAULX (J.-M), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221.

⁸⁹⁰ C. Civ. Art. L. 2347.

⁸⁹¹ C. Civ. Art. L. 2348 : « *Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé* ».

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ C. Mon. Fin. Art. D. 211-12, 2° : « *Pour les titres financiers, français ou étrangers admis aux négociations sur un marché réglementé que le constituant du nantissement ou, à défaut, le créancier nanti a désigné, par vente sur un marché réglementé ou attribution en propriété de la quantité déterminée par le créancier nanti. Cette quantité est établie, par le créancier nanti, sur la base du dernier cours de clôture disponible sur un marché réglementé* ».

⁸⁹⁴ C. Civ. Art. L. 2348.

⁸⁹⁵ Comme le souligne monsieur Teboul : « *l'entreprise n'est pas un meuble dont on dispose à son gré du seul fait qu'in détient une créance. Elle est la synthèse d'intérêts contradictoires et un créancier, en s'invitant au capital d'une manière forcée, ne détendra pas forcément les éléments permettant le mieux de favoriser le redressement d'une entreprise qu'il connaîtra peu ou mal, le plus souvent* » : TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5.

299. Le droit des entreprises en difficulté prévoit plusieurs mesures destinées à neutraliser l'influence du dirigeant en place sur les affaires sociales de la société⁸⁹⁶. De par ses décisions et ses choix, ce dirigeant peut en effet faire obstacle au redressement de l'entreprise. Le droit des entreprises en difficulté met en place plusieurs dispositifs de neutralisation de cette direction jugée inapte à redresser l'entreprise. Selon de Bermond de Vaulx : « *Le redressement de l'entreprise constitue aujourd'hui le souci primordial des pouvoirs publics. Les dirigeants qui conduisent une entreprise à sa ruine, auraient-ils le droit « intangible » de rester à la barre d'un navire en perdition ? Le législateur ne devait-il pas plutôt préparer des solutions de rechange ? Il est vrai que l'évolution économique moderne ne se caractérise pas par une avancée régulière ; elle progresse par percées brutales, par des ruptures que les hommes qui n'ont pas su les prévoir, devront pourtant assumer. [...], sous l'angle de la technique juridique, le sort de ces dirigeants lorsque l'entreprise qu'ils animent connaît une situation de crise telle que seul leur départ semble pouvoir la conjurer* »⁸⁹⁷.

Le dirigeant se dressant sur le chemin du redressement, de par sa fonction et le pouvoir qu'il détient dans le capital, doit être écarté de la direction de la société.

300. En sécurité sous le régime de la sauvegarde, ils peuvent toutefois redouter la mise en redressement judiciaire de leur société⁸⁹⁸. En effet, si la situation le requiert, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, actions ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait, subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants, ou encore ordonner la cession des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital⁸⁹⁹.

Le droit des entreprises en difficulté prévoit deux grandes mesures pour bloquer l'associé dirigeant, considéré comme une menace pour le sauvetage de l'entreprise. L'associé dirigeant pourra être contraint à demeurer dans la société pour répondre le cas échéant de ses fautes (§I), il pourra encore être évincé de la société par une cession forcée de ses titres sur le fondement de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce (§II).

⁸⁹⁶ CERATI-GAUTHIER (A.), « La cession forcée des titres des dirigeants sociaux », *LPA*, 2 janvier 2004 n°2, p.4

⁸⁹⁷ DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221.

⁸⁹⁸ ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109, n°1.

⁸⁹⁹ C. Com. Art. L. 631-19-1.

§I - L'immobilisation contrôlée des droits sociaux de l'associé dirigeant, un préalable à leur cession forcée

301. Afin d'éviter « *la désertion des dirigeants et de garantir leur responsabilité, ou encore d'éviter une cession incontrôlée de l'entreprise à des tiers qui seraient des hommes de paille* »⁹⁰⁰, le droit des entreprises en difficulté met en place un dispositif d'incessibilité de ses titres (A). Plusieurs droits de l'associé dirigeant sont ainsi remis en cause par cette disposition, comme la libre négociabilité de ses titres. Néanmoins, ce dirigeant associé suspect conserve son droit de vote en période d'observation, l'exonérant éventuellement de tout devoir de soutien à la poursuite de l'entreprise (B).

A) Le maintien forcé de l'associé dirigeant par l'incessibilité de ses titres

302. La cause des difficultés de l'entreprise peut parfois être trouvée dans la faute de l'associé dirigeant, lequel sera alors responsable civilement ou pénalement. Le droit des entreprises en difficulté anticipe et bloque alors l'hypothèse d'une cession des titres de l'associé dirigeant.

303. Finalité du dispositif d'incessibilité des droits sociaux. Le mécanisme d'incessibilité des titres de l'associé dirigeant apporte tout d'abord une sécurité. En effet, l'associé dirigeant « *ne saurait se soustraire à ses responsabilités* »⁹⁰¹.

Ce dispositif se justifie ensuite par la volonté de maintenir une direction opérationnelle en place, le pouvoir judiciaire ne pouvant assurer l'intérim le temps de la reprise. On peut imaginer les conséquences sur l'entreprise produites par des dirigeants essayant de quitter l'entreprise pour échapper à leurs obligations, cédant les titres qu'ils détiennent dans le capital⁹⁰². Il est parfois fait abusivement mention, d'une « *incessibilité* » des titres du dirigeant, mais il s'agit plus d'un contrôle sur la disponibilité de ses titres⁹⁰³. Ce contrôle reste mesuré, il ne s'applique en effet que durant la période d'observation, il doit être regardé comme une mesure provisoire ou conservatoire⁹⁰⁴ dans l'attente du projet de plan. Cette mesure pourra cependant être complétée

⁹⁰⁰ MARTIN-SERF (M.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p.31.

⁹⁰¹ FAVARIO (T.), « Le dirigeant de la société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°135e1, p. 40 ; V. Également en ce sens : MARTIN-SERF (M.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p. 31.

⁹⁰² DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, th. Paris X, 2005, n°211.

⁹⁰³ ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109, n°1.

⁹⁰⁴ LEBEL (C.), « Le départ d'un associé d'une société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 29 ; LEBEL (C.), « Les mesures conservatoires dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. Proc. Coll.*, 2009, p. 52 ; MAURY

par une cession imposée des titres de l'associé dirigeant si le tribunal juge cette mesure nécessaire à la réussite du plan.

304. Le gel⁹⁰⁵ des titres de l'associé dirigeant en période d'observation. Afin d'éviter qu'un dirigeant cherche à échapper à sa responsabilité civile ou pénale⁹⁰⁶, le droit des procédures collectives donne au tribunal la possibilité de rendre inaccessibles ses droits sociaux⁹⁰⁷. L'article L. 631-10 alinéa 1 du Code de commerce dispose qu'à compter du jugement d'ouverture : « *les parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la personne morale qui a fait l'objet du jugement d'ouverture et qui sont détenus, directement ou indirectement par les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent être cédés, à peine de nullité, que dans les conditions fixées par le tribunal* ».

Rappelons que ce dispositif a été déclaré conforme à la constitution⁹⁰⁸. Ainsi lorsque l'entreprise est en procédure de redressement judiciaire⁹⁰⁹, les parts sociales, les titres de capital ou les valeurs mobilières détenus par les dirigeants ne peuvent plus être cédés à compter du jugement d'ouverture, à peine de nullité, si ce n'est dans les conditions fixées par le tribunal. Les titres du dirigeant sont alors virés sur un compte spécial bloqué et ouvert par l'administrateur au nom du titulaire. Les titres seront alors gérés par la société ou, le cas échéant, par un intermédiaire financier⁹¹⁰. Aucun mouvement ne pourra être effectué sur ces titres sans l'autorisation du juge-commissaire. Les pactes d'actionnaires sont donc également sans effet le cas échéant⁹¹¹. Lorsque les titres sont nominatifs, l'administrateur mentionnera sur les registres de la personne morale l'inaccessibilité des titres en capital ou valeurs mobilières des dirigeants.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a étendu le champ d'application de l'article L. 631-10 du Code de commerce aux dirigeants de droit ou de fait rémunérés ou non. Cet article précise également que les titres peuvent être détenus : « *directement ou indirectement par ces derniers* ». Sont

(F.), « Inaccessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35.

⁹⁰⁵ LEGROS (J.-P.), « Le droit de vote dans les sociétés en difficulté », *Dr. Sociétés*, n°7, juill. 2014, dossier 8, n°6 ; ARGENSON (J.), TOUJAS (G.), par SOINNE (B.), *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 1987, n°578, p. 504.

⁹⁰⁶ MARTIN-SERF (M.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p.31.

⁹⁰⁷ Même si cela peut sembler naïf, dans la mesure où en général ces dirigeants n'attendent pas la procédure collective pour céder leurs titres.

⁹⁰⁸ Cons. Const. 7 oct. 2015, n°2015-486 QPC : *JCP éd. E* 2015, 1562, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP éd. G* 2015, 1390, note BRIGNON (B.) ; *BJE*, nov. 2015, n°112u5, p. 362, note FAVARIO (T.) ; *Dr. Sociétés*, 2015, comm. 218, obs. LEGROS (J.-P.).

⁹⁰⁹ La mesure n'est plus applicable en procédure de sauvegarde depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008. V. LEBEL (C.), « Le départ d'un associé d'une société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 29 ; LEBEL (C.), « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.*, mars 2009, n°H3521, p. 46.

⁹¹⁰ C. Com. Art. L. 631-10, al. 2.

⁹¹¹ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

donc susceptibles de tomber sous le coup d'une inaccessibilité relative de leurs titres, les dirigeants de la société mère, lorsque celle-ci contrôle une filiale en difficulté⁹¹². Le contrôle sur la cession des titres ne joue toutefois qu'à partir du jugement d'ouverture et a été logiquement déclaré inapplicable à l'ancien président de la société qui avait démissionné de ses fonctions, deux mois et demi avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective⁹¹³.

305. Les associés dirigeants au sens large comme cible du texte. Il est de ce point de vue important de ne pas réduire le périmètre de la mesure aux seuls titres détenus par le dirigeant de droit. Dès lors, une des conditions à la cession forcée sera la qualité de dirigeant de droit ou de fait de l'associé⁹¹⁴. L'article L. 631-10 du Code de commerce vise expressément les dirigeants de droit mais également de fait. Toutefois, la notion de « *dirigeant de fait* » devra être interprétée de manière restrictive, de sorte que peut être qualifié de dirigeant de fait : « *Celui qui, sans avoir été nommé dirigeant par les statuts ou par une décision de l'organe compétent, exerce tout de même une activité de direction, est qualifié de dirigeant de fait* »⁹¹⁵.

Pour exemple, dans une société anonyme, des membres du conseil de surveillance peuvent être considérés comme dirigeants de fait selon un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2005, dès lors qu'ils ont « *en dehors de l'exercice de leur mission de membres du conseil de surveillance, en fait, exercé, séparément ou ensemble, et en toute indépendance, une activité positive de direction dans la société* »⁹¹⁶.

Le tribunal devra donc en premier lieu établir la qualité de dirigeant de fait et la tâche ne sera pas aisée. La reconnaissance de cette qualité de dirigeant de fait devra préalablement être jugée⁹¹⁷, ce qui fera perdre un temps précieux pour le redressement de l'entreprise. L'application de la mesure peut donc être contre-productive, le délai nécessaire à sa mise en œuvre pesant sur les chances de survie de l'entreprise.

Cette qualité de dirigeant de droit ou de fait devra être appréciée à la date à laquelle le tribunal

⁹¹² ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109, n°12 ; LEGROS (J.-P.), « L'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant la loi de sauvegarde des entreprises. – Seconde partie : redressement, obligataires, liquidation et sanctions », *Dr. Sociétés*, n°4, avr. 2009, étude 8, spéc. n°3.

⁹¹³ Cass. Com., 13 déc. 1976, *Rev. Sociétés*, 1977, p. 290, note HONORAT (A.).

⁹¹⁴ V. CA Grenoble, 12 janv. 1988, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, 374, n°2, obs. DUREUIL (B.) ; CA Rennes, 21 nov. 1989, *Rev. Proc. Coll.*, 1991, 292, obs. SOINNE (B.).

⁹¹⁵ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°498, p. 361.

⁹¹⁶ En l'espèce la Cour de cassation n'a pas prononcé l'inaccessibilité des titres détenu par les membres du conseil de surveillance car la cour d'appel n'avait pas caractérisé le fait que le conseil de surveillance avait une activité positive de direction. En ce sens : Cass. Com., 12 juill. 2005, n°03-14.045, *M. Michel Maitre c/ M. Jean-Pierre Maitre, D.*, 2005. AJ 2071, p. 2071, obs. LIENHARD (A.) ; *Rev. Sociétés*, 2006, p. 162, note LUCAS (F.-X.) ; *Bull. civ.*, IV, n°174.

⁹¹⁷ GUYON (Y.), *Droit des affaires (Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite)*, t. II, Economica, 2002, n°1202, p. 226.

ordonne la cession⁹¹⁸. En effet, monsieur Fraimout précise que : « *La qualité de dirigeant, pour l'application de la mesure d'éviction du capital liée à la décision de remplacement en application de l'article L. 621-59 (devenu C. com., art. L. 626-4) et de l'article 41 du décret du 27 décembre 1985 (repris à l'article R. 626-4), applicables à la procédure ouverte avant le 1er janvier 2006, s'apprécie au jour du jugement d'ouverture de sorte que la cassation est encourue par la cour d'appel qui applique la sanction à un ancien dirigeant ayant donné sa démission depuis près d'un an au motif que cette démission, n'ayant pas été publiée, était inopposable à la procédure collective* »⁹¹⁹.

Cette solution ressort notamment d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 9 février 2010⁹²⁰. En l'espèce, une société à responsabilité limitée est mise en redressement judiciaire par un jugement du 6 septembre 2005. Le jour suivant, le tribunal ordonna l'évaluation des parts sociales de M. X, alors gérant de la société, aux fins de leur cession forcée. Le 8 mars 2007, le tribunal ordonne la cession forcée des droits sociaux de M. X.

Finalement, les juges de la Cour de cassation cassent l'arrêt de la cour d'appel, qui avait admis la cession forcée des titres de l'ancien dirigeant, au motif que « *la qualité de dirigeant, de droit ou de fait, du détenteur des actions ou des parts sociales dont le tribunal peut ordonner la cession lorsque la survie de l'entreprise le requiert, s'apprécie à la date du jugement qui ordonne la cession* ». En l'espèce, le dirigeant n'était plus en fonction à la date à laquelle le tribunal a ordonné la cession des parts sociales, ce qui lui a permis d'échapper à son éviction de la société par la cession de ses titres. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que la démission exonératoire doit simplement être effective, sa publication n'étant pas requise au jour où le tribunal statue⁹²¹. En démissionnant de son poste de dirigeant, antérieurement au jugement devant ordonner la cession, il perd sa qualité de dirigeant et peut échapper à la mesure d'éviction.

Afin d'éviter de telles manœuvres, destinées à contourner le mécanisme de cession forcée des titres, il eût été plus judicieux, comme le propose le professeur Roussel Galle, de fixer la date d'appréciation de la fonction du dirigeant au jour du jugement d'ouverture⁹²². En effet, la

⁹¹⁸ LEBEL (C), « Cession forcée des parts sociales : qualité de dirigeant de droit ou de fait, détenteur de droit sociaux », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, juillet 2010, comm. 155.

⁹¹⁹ FRAIMOUT (J.-J.), « La cession forcée des droits sociaux ne saurait être ordonnée à l'encontre d'un dirigeant qui n'est plus en fonction au jour du jugement d'ouverture, quand bien même sa démission n'aurait pas été publiée », *Rev. Proc. Coll.*, Janv. 2009, n°1.

⁹²⁰ Cass. Com., 9 févr. 2010, F.-D, n°09-10.800., note ROUSSEL GALLE (P.) ; V. également : Cass. Com. 19 févr. 2008, n°06-18-446, *Act. Proc. Coll.*, 6/2008, n°98, obs. PAGNUCCO (J.-C.) ; *Gaz. Pal.*, 27-29 avr. 2008, p. 22, obs. VOINOT (D.) ; *Dr. Sociétés*, 2008, n°126, note LEGROS (J.-P.) ; *RTD Com.*, 2008, 852, obs. SAINT-ALARY-HOUIN (C.) ; *JCP éd. E*, 2008, 2062, §14, obs. PETEL (P.) ; Cass. Com., 9 Févr. 2010, n°09-10.800, *SARL Meubles Martel*, *BJS*, 1 juin 2010, n°6, p. 559, note PARACHKEVOVA (I.).

⁹²¹ Cass. Com., 19 févr. 2008, n°06-18. 446, *Act. Proc. Coll.*, 6/2008, n°98, obs. PAGNUCCO (J.-C.).

⁹²² ROUSSEL GALLE (P.), « Comment échapper à la cession forcée des actions », *Rev. Sociétés*, 2010, p. 194.

possibilité pour le dirigeant d'éviter la cession imposée de ses titres en démissionnant de son poste avant le prononcé de la cession des titres, bloque l'objectif premier du dispositif, celui du changement de la direction en place en vue de favoriser une reprise interne.

306. La durée du contrôle sur la cession des titres du dirigeant. On peut toutefois s'interroger sur la durée de cette inaccessibilité des titres. Si la loi situe l'application de l'article L. 631-10 du Code de commerce sur l'incessibilité des titres du dirigeant, à compter du jugement d'ouverture, rien n'est précisé sur le terme de cette interdiction de cession. On peut, tout au plus, se référer à l'article R. 631-14 alinéa 2 du Code de commerce qui dispose que : « *Sauf décision contraire du tribunal, il est mis fin à ce compte spécial, à la demande de la personne intéressée la plus diligente après l'adoption du plan de redressement ou après la clôture des opérations* ». Le blocage des titres semble ainsi pouvoir s'interrompre à la fin de la période d'observation, soit une fois le plan adopté, soit après cette adoption, si les opérations n'ont pas encore été clôturées⁹²³.

307. La sanction de la tentative de cession des titres gelés. Dans le cas où le dirigeant essaierait quand même de céder ses titres gelés, cette cession serait déclarée nulle. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 631-10 du Code de commerce prévoit que toute cession faite pendant la période d'observation sans l'accord du tribunal sera frappée de nullité. Le législateur n'a pas précisé la nature de la nullité encourue, mais la doctrine se prononce majoritairement en faveur de l'application d'une nullité absolue de l'opération de cession effectuée sans l'accord du tribunal⁹²⁴. En effet, selon l'article L. 622-7 du Code de commerce, interdisant le paiement de toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, « *tout acte ou tout paiement passé en violation des dispositions du présent article est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou du paiement de la créance. Lorsque l'acte est soumis à publicité, le délai court à compter de celle-ci* ». La solution semble cohérente dans la mesure où l'acte concerne l'intérêt collectif des créanciers.

308. Les droits sociaux visés par l'article L. 631-10 du Code de commerce. L'article L. 631-10 du Code de commerce empêche le dirigeant de céder ses droits sociaux, le

⁹²³ C. Com. Art. L. 631-10, al. 1.

⁹²⁴ Sous la loi de 1967, une cour d'appel avait jugé que la cession n'était pas nulle *inter partes* mais seulement inopposable à la masse des créanciers (CA Paris, 3^e ch., 10 juill. 1974, *D.*, 1975, somm., 83.). En conséquence de la suppression de la masse, il semble falloir raisonner par analogie en fonction de l'article L. 621-24 sur le paiement des créances antérieures, qui considère que tout acte ou tout paiement passé en violation des dispositions du présent article est annulé à la demande de tout intéressé. Aucun délai de prescription n'étant établi par l'article L. 631-10 du Code de commerce, il semblerait que le délai soit le même que pour l'article L. 621-24, soit trois ans à compter de la conclusion de l'acte : ARGENSON (J.), TOUJAS (G.), par SOINNE (B.), *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 1987, n°580, p. 507.

texte s'applique expressément à certains titres susceptibles d'être déclarés incessibles par le tribunal, mais la question se pose pour d'autres titres comme les valeurs mobilières complexes. L'article L. 631-10 du Code de commerce dispose que : « *À compter du jugement d'ouverture, les parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la personne morale [...] ne peuvent être cédés, à peine de nullité, que dans les conditions fixées par le tribunal* ». Les parts sociales sont intégrées dans le champ d'application du texte, ce qui renvoie aux titres détenus par le gérant d'une société de personnes et d'une société à responsabilité limitée. L'article précise ensuite que les dirigeants ne peuvent céder leurs titres en capital ou leurs valeurs mobilières donnant accès au capital. La difficulté peut être de définir une « *valeur mobilière* », terme souvent supplanté en droit boursier, par la notion d'instrument financier⁹²⁵.

L'ancien article L. 211-2 du Code monétaire et financier, modifié par l'ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008, article 16, disposait que : « *Constituent des valeurs mobilières, les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine* ».

Désormais, le Code monétaire et financier ne fait donc plus mention de la notion de valeurs mobilières, laquelle n'est désormais utilisée qu'en droit des sociétés. En effet, la notion de valeur mobilière a finalement été supprimée du Code monétaire et financier.

Elles ne sont désormais définies que par l'alinéa 2 de l'article 228-1 du Code de commerce, lequel dispose que : « *les valeurs mobilières sont des titres financiers au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, qui confèrent des droits identiques par catégorie* ». Il faut alors se référer à l'article L. 211-1 II du Code monétaire et financier⁹²⁶ pour obtenir des précisions sur ce qu'est un titre financier. Selon cet article, les titres financiers appartiennent à la catégorie des instruments financiers avec les contrats financiers, notion dont on n'a pas de définition légale⁹²⁷. Les valeurs mobilières sont ainsi considérées comme une sous-catégorie particulière des titres financiers.

L'article L. 211-1 du Code monétaire et financier précise encore qu'il peut s'agir de titres de capital émis par les sociétés par actions, de titres de créance, de parts ou d'actions d'organismes de placement collectif. Sachant que l'article 212-1-A du Code monétaire et financier dispose

⁹²⁵ GOUTAY (P.), « La notion d'instrument financier », *Dr. Et Patr.*, 2000, n°82, p. 68.

⁹²⁶ À noter que l'ancien I. 1 de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, codifié par l'ordonnance n°2000-1223 du 1 décembre 2000 (V), intégrait parmi les instruments financiers (qui sont soit des titres financiers soit des contrats financiers) : « *les actions ou les autres titres donnant ou pouvant donner accès, directement ou indirectement, au capital ou aux droits de vote, transmissibles par inscription en compte ou tradition* ». Par voie de conséquence, la notion d'instrument financier englobait la notion de valeur mobilière.

⁹²⁷ DE WATRIGANT (C.), « Instrument financier et valeur mobilière », *LPA*, 28 avr. 2010, n°84, p. 6 ; PACCLOT (Y.), « L'introuvable notion d'instrument financier », *Dr. Sociétés*, 2009, n°1, alerte 1.

que les titres de capital « *comprennent les actions et les autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote* » et que selon l'article L. 213-1-A du Code monétaire et financier, les titres de créances représentent « *un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de titrisation qui les émet* ». Les valeurs mobilières complexes, donnant ou pouvant donner accès au capital, semblent ainsi être considérées comme des titres de capital. Cette définition peut surprendre au regard de la jurisprudence, qui considère opportunément qu'il s'agit d'un titre de créance tant qu'elle n'a pas été « *transformée en capital ou tant que leurs titulaires n'ont pas exercé leur droit d'option* »⁹²⁸.

Ainsi, certaines valeurs mobilières complexes, comme des obligations remboursables en actions, donnant ou pouvant donner accès au capital, peuvent être considérées comme des titres financiers et donc entrer dans le champ d'application de l'article L. 631-10 du Code de commerce.

La problématique se pose pour les certificats de droit de vote et les certificats d'investissement qui ne semblent pas entrer dans le champ d'application du texte⁹²⁹. Il est en effet possible de démembrer son action, avec d'une part le certificat de droit de vote qui permet de voter et d'autre part le certificat d'investissement qui donne un droit à dividende. Le blocage ne pourrait être ordonné que lors d'une cession du certificat du droit de vote accompagnée d'une cession du certificat d'investissement, car cette cession « *entraînerait de plein droit, si elle avait lieu, reconstitution de l'action* »⁹³⁰. La doctrine considère que tous les droits sociaux, pouvant être créés par une société ou un groupement d'intérêt économique, peuvent être concernés par le texte⁹³¹. Le champ d'application du texte laisse donc une grande liberté au tribunal dans l'exercice de son pouvoir de contrôle sur les titres des dirigeants, il peut donc interdire la cession conjointe d'un certificat de droit de vote et d'un certificat d'investissement.

309. La question des titres démembrés. La doctrine s'est aussi interrogée sur la question des titres démembrés, peuvent-ils être déclarés incessibles sur le fondement de l'article L. 631-10 du Code de commerce ?

La question de l'exercice des droits de l'associé ne semble pas définitivement tranchée⁹³². En

⁹²⁸ DE WATRIGANT (C.), « Instrument financier et valeur mobilière », *LPA*, 28 avr. 2010, n°84, p. 6

⁹²⁹ *Contra* : DE WATRIGANT (C.), « Instrument financier et valeur mobilière », *LPA*, 28 avr. 2010, n°84, p. 6

⁹³⁰ DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221, n°8.

⁹³¹ ARGENSON (J.), TOUJAS (G.), par SOINNE (B), *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 1987, n°579, p. 506.

⁹³² COUPET (C.), « Démembrement de propriété de droits sociaux : vieilles disputes et questions nouvelles », *BJS*, janv. 2020, n°1, p. 1. ; MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours,

principe, sauf disposition différente des statuts, le nu-proprétaire détient par principe le droit de vote. Cependant, le vote sur la répartition des bénéfices revient à l'usufruitier lui réservant le plein exercice du droit aux dividendes⁹³³. La question qui se pose alors est de savoir qui du nu-proprétaire ou de l'usufruitier a la qualité d'associé, car seul celui-ci semble entrer dans le champ d'application de l'article L. 631-10 du Code de commerce.

La doctrine⁹³⁴ et la jurisprudence⁹³⁵ tendent à reconnaître la qualité d'associé au seul nu-proprétaire. En effet, l'alinéa premier de l'article 1844 du Code civil pose pour principe que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Dans un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1994, la Cour a rappelé que tous les associés ont le droit de participer à la réunion d'assemblée, dont elle précise que c'est le cas pour le nu-proprétaire⁹³⁶. En revanche, sauf disposition statutaire contraire, le droit de participer aux décisions n'est pas un droit propre de l'usufruitier, la jurisprudence lui refusant la qualité d'associé⁹³⁷.

Néanmoins, depuis la modification de l'alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil par la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019⁹³⁸ ce principe semble perturbé. En effet, l'article 1844 alinéa 3 du Code civil dispose désormais que : « *Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier* ». Cette disposition précise ainsi que l'usufruitier a le même droit que le nu-proprétaire, en ce qu'il peut participer aux décisions collectives⁹³⁹. Une partie de la doctrine se pose alors la question de savoir si cette modification n'induit pas l'attribution de la qualité d'associé à

L.G.D.J., éd. 2016, n°254, p. 112 ; COZIAN (M.), « Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP éd. E*, 1994, I, 374.

⁹³³ C. Civ. Art. 1844.

⁹³⁴ En ce sens, voir notamment : MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°254, p. 112 ; LUCAS (F.-X.), « La qualité d'associé de l'usufruitier de parts sociales », *Bull. Joly*, 2007, p. 923.

⁹³⁵ Cass. Com., 4 janv. 1994, n°91-20.256, *Bull. Civ.*, IV, n°10 ; Un arrêt du 17 janvier 2019 vient d'ailleurs de préciser que le nu propriétaire de parts sociales indivises est bien associé : Cass. Civ., 17 janv. 2019, n°17-26.695, *M.X et Sté SCI 27/33 c/ Mme X, PB, Gaz. Pal.*, 25 juin 2019, n°23, p. 52, note ZATTARA-GROS (A.-F.).

⁹³⁶ Cass. Com., 4 janv. 1994, n°91-20.256.

⁹³⁷ Cass. Civ., 15 nov. 2016, n°15-15.712.

⁹³⁸ V. Sur cette loi n°2019-744, 19 juill. 2019 : BROUSSOLLE (Y.), « Les principales dispositions de la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés », *LPA*, 9 mars 2020, n°49, p. 7 ; COUPET (C.), « Loi du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation : miscellanées de droit des sociétés », *BJS*, oct. 2019, n°10, p. 35.

⁹³⁹ Cette solution bien venue en ce qu'il est normal que l'usufruitier soit convié aux assemblées, dans la mesure où il a le droit d'être informé et de prendre part à la réunion. En ce sens également : COUPET (C.), « Loi du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation : miscellanées de droit des sociétés », *BJS*, oct. 2019, n°10, p. 35.

l'usufruitier⁹⁴⁰.

L'incessibilité des parts prononcée à l'égard de l'associé dirigeant, devrait donc logiquement s'appliquer au seul dirigeant nu-proprétaire détenteur du droit de disposer des titres⁹⁴¹.

310. Le gel des titres du dirigeant pendant le plan de redressement.

L'incessibilité des droits sociaux peut également être prononcée lors d'un plan de redressement. L'article L. 631-19-1 du Code de commerce dispose en ce sens que : « *Lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise* ». Le remplacement du ou des dirigeants peut s'accompagner d'une incessibilité de ses titres. L'alinéa 2 de cet article dispose en effet que : « *À cette fin et dans les mêmes conditions, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet* ». Il faut d'emblée préciser que l'incessibilité n'est qu'une possibilité offerte au tribunal sur demande du ministère public⁹⁴². La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juillet 2005⁹⁴³, a admis que cette incessibilité des titres qui porte atteinte au droit de l'associé dirigeant était conforme « *au respect des biens, édicté par l'article 1^{er}, du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et à l'article 544 du Code civil, estimant que l'incessibilité était justifiée par l'intérêt général* »⁹⁴⁴. L'atteinte faite aux droits sociaux de l'associé est donc justifiée par le sauvetage de l'entreprise, qui est ici assimilé à l'intérêt général.

311. Malgré ces quelques imprécisions, la volonté du législateur de maintenir l'associé captif ou « *prisonnier* »⁹⁴⁵ dans la société, afin de l'obliger à assumer ses responsabilités, est claire.

⁹⁴⁰ Sur cette question : COUPET (C.), « Démembrement de propriété de droits sociaux : vieilles disputes et questions nouvelles », *BJS*, janv. 2020, n°1, p. 1.

Cependant, « *à juste raison, le législateur s'est abstenu de la lui conférer alors que l'occasion lui était offerte* » (GENTILHOMME (R.), « La nouvelle répartition des droits entre l'usufruitier et le nu-proprétaire de parts sociales », *Defrénois*, 17 oct. 2019, n°42, p. 25, note 8). On rejoindra la doctrine qui regrette que le législateur ait omis d'apporter plus de précisions sur cette question (COUPET (C.), « Démembrement de propriété de droits sociaux : vieilles disputes et questions nouvelles », *BJS*, janv. 2020, n°1, p. 1 ; PANDO (A.), « Démembrement : une nouvelle répartition des droits de vote », *LPA*, 24 juill. 2019, n°149, p. 4).

⁹⁴¹ DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221, n°8.

⁹⁴² MAURY (F.), « Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35.

⁹⁴³ Cass. Com., 12 juill. 2005, n°03-14.045, *Bull. Civ.*, IV, n°174 ; *D.*, 2005, p. 2071, obs. LIENHARD (A.) ; *Rev. Sociétés.*, 2006, p. 162, note LUCAS (F.-X.) ; *JCP éd. E*, 1066, obs. PETEL (P.).

⁹⁴⁴ MAURY (F.), « Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

Si l'objectif est alors de neutraliser cet associé dirigeant accusé de mauvaise gestion, on peut s'étonner que celui-ci puisse encore voter.

B) La dissociation partielle entre l'incessibilité des titres et le droit de vote de l'associé dirigeant

312. Même si, dans le cadre de la procédure collective, l'associé dirigeant perd la maîtrise de la cession de ses titres, celui-ci dispose toujours de son droit de vote et peut donc toujours participer au sauvetage de l'entreprise en période d'observation.

313. Incessibilité et maintien du droit de vote en période d'observation. Le dirigeant associé a interdiction de céder ses titres, mais il conserve son droit de voter lors des assemblées⁹⁴⁶. À cet effet, il convient de se référer à l'alinéa 1 de l'article R. 631-14 du Code de commerce qui dispose que : « *À leur demande, l'administrateur délivre aux personnes dont les parts représentatives de leurs droits sociaux sont virées au compte spécial prévu à l'article L. 631-10 un certificat leur permettant de participer aux assemblées de la société* ». L'administrateur devra ainsi délivrer sur demande du dirigeant concerné un certificat lui permettant de participer aux assemblées de la société⁹⁴⁷. Il convient de préciser que le terme « *participer* » ne doit pas être entendu de manière réduite à la simple participation aux délibérations, mais bien comme une possibilité de voter⁹⁴⁸. Le droit de vote ne fut pas toujours maintenu, ce n'est que depuis l'ordonnance du 18 septembre 2000⁹⁴⁹, que l'incessibilité n'est plus associée à la privation du droit de vote de l'associé dirigeant. En effet, sous l'empire de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985⁹⁵⁰, l'article 23 précisait clairement que « *l'incessibilité des actions, parts sociales ou certificats de droit de vote détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet* ». Cette privation du droit de vote constituait alors une sanction, pour mauvaise gestion⁹⁵¹. L'objectif du texte allait donc plus loin que de nos jours puisqu'il avait également pour objectif de neutraliser les droits sociaux du dirigeant afin d'éviter qu'il ne fasse échec au processus de restructuration de la

⁹⁴⁶ CERATI-GAUTHIER (A.), « Droit de vote de l'associé : des atteintes mesurées », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 16.

⁹⁴⁷ LEGROS (J.-P.), « Le droit de vote dans les sociétés en difficulté », *Dr. Sociétés*, n°7, juill. 2014, dossier 8.

⁹⁴⁸ MARTIN-SERF (A.), *Redressement et liquidation judiciaires, Mesures et actes conservatoires*, *Juris. Cl.*, Fasc. 2310, 9 juin 2017, n°116.

⁹⁴⁹ Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce.

⁹⁵⁰ Loi n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

⁹⁵¹ HAUPTMANN (J.-M.), *Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand*, th. Nancy, 1986, p. 151.

personne morale. Les intérêts du dirigeant étaient sacrifiés pour sauvegarder ceux de l'entreprise. Ce texte appuyait l'idée d'un droit de vote droit fonction, utilisé dans le sens de l'intérêt de l'entreprise, plutôt que l'idée d'un droit propre à l'associé⁹⁵². L'incessibilité des titres était donc accompagnée de la privation du droit de vote. C'est la raison pour laquelle le texte visait également les certificats de vote alors qu'ils ne peuvent être cédés⁹⁵³. Le mandataire ad hoc avait seul, la qualité pour voter et choisir le sens du vote, qui devait tout de même prendre en compte l'intérêt social.

On peut regretter ce recul opéré par le législateur concernant les contraintes pesant sur l'associé. Alors que le droit positif favorise la neutralisation de l'associé, il laisse à l'associé dirigeant suspecté d'une faute la possibilité de conserver l'intégralité de ses droits sociaux.

314. Incessibilité et privation du droit de vote lors d'un plan de redressement.

La solution sera différente lorsque le plan de redressement est subordonné à l'éviction d'un associé dirigeant et que l'incessibilité a été prononcée. Il est en effet possible d'appliquer cumulativement l'éviction du dirigeant et une incessibilité de ses droits sociaux. L'article L. 631-19-1 du Code de commerce dispose que : « *le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeur mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet* ». Dans cette hypothèse, le tribunal pourra priver l'associé dirigeant de son droit de vote. En effet, l'article L. 631-19-1 du Code de commerce dispose que Les deux mesures sont « *interdépendantes* »⁹⁵⁴. Le prononcé de l'incessibilité des droits sociaux aura ainsi souvent pour objectif de neutraliser le pouvoir politique de l'associé. Lorsque le tribunal prononcera l'incessibilité des titres de l'associé dirigeant, il décidera en même temps que le droit de vote sera exercé par un mandataire ad hoc. L'intervention de ce mandataire sera alors bénéfique pour le sauvetage de l'entreprise, son intervention facilitera les restructurations prévues par le plan.

315. Dans le contexte d'une menace pour l'entreprise, il serait plus opportun de priver l'associé dirigeant de sa liberté de vote, en période d'observation aussi bien que lors d'un plan de redressement. Cela d'autant que parallèlement à cette mesure, le droit des procédures collectives permet la cession forcée des titres de l'associé dirigeant.

⁹⁵² *Contra*. NOIREL (J.), *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, th. Paris, Libr. Techniques, 1958, p. 156, n°214.

⁹⁵³ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°241.

⁹⁵⁴ MAURY (F.), « Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35.

§II - La cession forcée des droits sociaux de l'associé dirigeant

316. Les dispositions sur la cession des titres du dirigeant associé ont évolué au fil des réformes. Il y eut de nombreuses modifications depuis la loi de 1985 qui a instauré la cession forcée des titres du dirigeant⁹⁵⁵. Cette neutralisation de l'influence du dirigeant avait d'ailleurs été renforcée par la loi du 26 juillet 2005 qui l'étendait à la procédure de sauvegarde⁹⁵⁶. Toutefois, ce régime fut assoupli avec la suppression de la cession des titres du dirigeant par l'ordonnance n°20081345 du 18 décembre 2008⁹⁵⁷. Le professeur Lucas trouve d'ailleurs « *tout à fait inadaptée* » l'inclusion d'une mesure de cession forcée des titres dans le cadre d'une procédure de sauvegarde⁹⁵⁸. En effet, selon le professeur Regnault-Moutier : « *ce dispositif semble fort peu compatible avec l'esprit général de la sauvegarde, qui ne devrait en aucun cas constituer un épouvantail pour les chefs d'entreprise* »⁹⁵⁹.

317. Plus l'entreprise est en difficulté, plus les intérêts de l'entrepreneur doivent être dissociés de ceux de l'entreprise. Cette disjonction peut être radicale, si le tribunal entend subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou de plusieurs dirigeants ou ordonne la cession des droits sociaux de celui-ci ou de ceux-ci⁹⁶⁰. Cependant, l'expropriation du dirigeant porte atteinte à plusieurs de ses droits, dont le droit de propriété. Le législateur a donc été contraint d'encadrer le dispositif de cession forcée afin de se conformer aux exigences constitutionnelles. L'exclusion du dirigeant par la cession de ses titres en procédure collective reste donc très exceptionnelle, soumise à de multiples conditions légales **(A)**. À l'inverse de cet encadrement excessif, le législateur a omis d'apporter des précisions concernant les conséquences pour l'associé dirigeant de la cession de ses titres **(B)**.

A) L'encadrement rigoureux de la cession forcée des titres de l'associé dirigeant

318. La cession forcée des titres de l'associé dirigeant porte atteinte aux droits de l'associé, notamment à son droit de propriété. De nombreuses conditions sont donc imposées

⁹⁵⁵ Ancien Article L. 621-59 du Code de commerce.

⁹⁵⁶ Ancien Article L. 626-4 du Code de commerce.

⁹⁵⁷ Sur la suppression de la cession forcée des titres de l'associé dirigeant en procédure de sauvegarde : Ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 – art. 84.

⁹⁵⁸ LUCAS (F.-X.), chron. *LPA*, 8 févr. 2006, p. 77 et 78. Dans le même sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les plans de sauvegarde et de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, 2005. 363, n°22.

⁹⁵⁹ REGNAULT-MOUTIER (C.), « Les dirigeants de société », *Rev. Proc. Coll.*, 2006. 159.

⁹⁶⁰ C. Com. Art. L. 631-19-1. V. FAVARIO (T.), « Le dirigeant de la société en difficulté », *LPA*, n°152, 31 juill. 2018, n°135, p. 40.

pour activer son utilisation. Cette participation forcée au sauvetage sera soumise à une procédure très encadrée, afin de rendre légitime la mesure et de garder une certaine attractivité à nos procédures collectives (1). Néanmoins, le sauvetage de l'entreprise impose parfois d'évincer l'associé dirigeant, qu'il soit fautif ou pas (2). Plusieurs conditions vont ainsi justifier l'atteinte faite aux droits des associés et rendent le texte compatible avec les normes constitutionnelles (3).

1 - La cession forcée des titres de l'associé dirigeant : une mesure exceptionnelle réduite à la seule procédure de redressement judiciaire

319. Le dirigeant est souvent présenté comme un « *acteur principal* », ou l'un des « *personnages centraux* » du traitement des difficultés des entreprises. Beaucoup de développements ont été consacrés à ce sujet, alors que l'associé apparaîtrait un peu comme l'oublié des procédures collectives avant la réforme de 2014⁹⁶¹.

320. En procédure collective, le chef d'entreprise conserve donc ses pouvoirs, même s'ils peuvent être affaiblis par l'intervention d'un administrateur judiciaire⁹⁶². La continuité de ses fonctions lui impose également de nouveaux devoirs. Néanmoins, le législateur a choisi de minimiser les mesures coercitives à son égard, afin de l'inciter à placer la société en procédure collective lorsque cela est nécessaire. En outre, le législateur souhaite changer la perception négative qu'on peut avoir des procédures collectives.

Dans ce contexte, plusieurs conditions permettent cependant de rendre légitime, mais aussi de limiter l'expropriation de l'associé dirigeant. En outre, elles permettent de rendre exceptionnelle cette mesure et ainsi éviter un « *effet repoussoir* » à l'égard des dirigeants, souvent associé, alors que le législateur cherche à favoriser l'attractivité des procédures collectives. Parmi ces exigences, il faut préciser que la mesure est uniquement applicable lorsque l'entreprise peut encore être sauvée et uniquement lorsque l'entreprise est en procédure de redressement judiciaire.

Les dispositions concernant la procédure de sauvegarde restent en général respectueuses des droits de l'associé. Le dispositif de cession forcée des titres de l'associé dirigeant ne déroge pas à cette ligne de conduite fixée par le législateur.

⁹⁶¹ BARBIERI (J.-F.), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA*, 30 sept. 2008, n°196, p. 6.

⁹⁶² MARTIN-SERF (A.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p. 31.

321. La cession forcée des titres des dirigeants associés inapplicable en procédure de sauvegarde. Madame Lebel précise que « *Entre 2005 et 2008, la cession forcée pouvait concerner les plans de redressement mais aussi les plans de sauvegarde. Elle n'est plus applicable à la procédure de sauvegarde à compter du 15 février 2009, date d'entrée en application des modifications opérées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008*⁹⁶³. Désormais, cette règle est énoncée à l'article L. 631-19-1 du Code de commerce »⁹⁶⁴. La suppression du mécanisme, en procédure de sauvegarde, est parfaitement cohérente, si l'on souhaite conserver à cette procédure son attractivité. Certains auteurs parlaient de « *malfaçon de la loi* »⁹⁶⁵, ou d'un dispositif « *tout à fait inadapté* »⁹⁶⁶ à la procédure de sauvegarde. La réorganisation de la société n'a pas d'influence sur le dirigeant lorsque l'entreprise n'est pas en cessation des paiements. Cette disposition serait incompatible « *avec l'esprit général de la sauvegarde, qui ne devrait en aucun cas constituer un "épouvantail" pour les chefs d'entreprise* »⁹⁶⁷.

Cependant comme le souligne le professeur Petel⁹⁶⁸, cette restriction d'application, destinée à ne pas saborder la procédure de sauvegarde, a une portée relative dans la mesure où les organes de la procédure ont qualité pour demander la conversion en procédure de redressement judiciaire de la sauvegarde, si la cessation des paiements est inévitable et prévue à bref délai en application de l'article L. 622-10 du Code de commerce.

322. L'application du dispositif de cession forcée des titres réservée aux seuls dirigeants d'une entreprise en procédure de redressement judiciaire. Le dispositif de cession forcée des titres du dirigeant n'est donc applicable qu'aux dirigeants d'entreprise soumise à une procédure de redressement judiciaire⁹⁶⁹, conformément à l'alinéa 1 de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008⁹⁷⁰. Ce texte donne la possibilité au tribunal sur demande du ministère public de « *subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise* »⁹⁷¹. Cette éviction de l'associé sera justifiée dans le cadre d'un

⁹⁶³ LABEL (C.), « Les mesures conservatoires dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. Proc. Coll.*, 2009, dossier 6, spéc. n° 14.

⁹⁶⁴ LABEL (C.), « Cession forcée des parts sociales : qualité de dirigeant de droit ou de fait, détenteur de droits sociaux », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, juillet 2010, comm. 155.

⁹⁶⁵ PEROCHON (F.), BONHOMME (R.), *Entreprise en difficulté*, 7^{ème} éd. 2006, n°345, p. 307.

⁹⁶⁶ LUCAS (F.-X.), *chron.*, *LPA*, 8 févr. 2006, p. 77-78.

⁹⁶⁷ REGNAUT-MOUTIER (C.), « Les dirigeants de société », *Rev. Proc. Coll.*, 2006, n°159.

⁹⁶⁸ PETEL (P.), « Entreprise en difficulté : encore une réforme », *JCP éd. E*, 2014. 1223

⁹⁶⁹ Afin de préserver « *l'inspiration libérale de la procédure de sauvegarde* » : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1191, p. 791.

⁹⁷⁰ Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 – art. 84.

⁹⁷¹ La question a pu se poser du sens du verbe « *subordonner* » en fonction de l'adoption du plan. Un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 2016 a répondu à la question. En l'espèce, une des parties considérait que le plan ne pouvait être adopté lorsqu'il est subordonné à la cession des titres sociaux d'un dirigeant, « *avant que celui-ci ait*

plan de continuation ou d'une possibilité de reprise interne, si le maintien du dirigeant pouvait mener le plan à l'échec. Le tribunal va donc disposer du droit d'évincer le dirigeant de droit ou de fait détenant des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital.

Un mandataire désigné à cet effet⁹⁷² pourra exercer dans le délai fixé par le tribunal⁹⁷³, le droit de vote qui est attaché aux titres cédés. Le ministère public pourra demander aux juges « *d'ordonner la cession de ces droits* » à un prix fixé par un expert. Le dirigeant disposera tout de même d'un droit de recours contre la décision ordonnant la cession de ses parts, mais seulement sur la partie de ses droits qui ne mettrait pas en danger le plan.

Les dirigeants des professions libérales réglementées sont à l'abri de ce texte⁹⁷⁴. Plusieurs auteurs se sont opposés à cette inégalité entre les associés⁹⁷⁵ et soulignent notamment que la capacité de gérer une société par certaines professions libérales ne doit pas être admise comme un postulat⁹⁷⁶.

323. Certes, le nombre d'entreprises soumises à une procédure de redressement judiciaire est bien plus important que celui des entreprises relevant d'une procédure de sauvegarde. Cependant, la portée du mécanisme de cession forcée des titres doit toutefois être

été définitivement évincé et la valeur des parts réglée ». Or, la Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement et considère que l'article L. 631-19-1 du Code de commerce « *n'exige pas qu'à la date de l'adoption du plan, le dirigeant ait été définitivement évincé après le paiement de la valeur de ses droits sociaux* ». Ainsi, un plan de redressement qui subordonne son adoption à l'exclusion d'un dirigeant peut être adopté, alors que celui-ci n'est pas encore évincé. La Cour distingue donc l'issue de la procédure collective de la société du sort de l'offre de cession. Ce qui génère une chronologie avec une première décision ordonnant la cession des titres, une deuxième adoptant le plan et ce n'est qu'ensuite que les actes de cessions des titres sociaux sont passés. Cass. Com., 26 janv. 2016, n°14-14.742, FS-PB, *BJE*, 1 mai 2016, n°03, p. 164, FAVARIO (T.). Sur cet arrêt : V. BRIGON (B.), « Nouvelles précisions en matière de cession forcée des droits sociaux du dirigeant en vue d'adopter un plan de redressement », *Lexbase Hebdo* 18 févr. 2016, n°455, éd. Affaires ; DOM (J.-P.), « L'assouplissement procédural de la cession forcée des droits sociaux des dirigeants », *BJS*, mai 2016, n°114z7, p. 287 ; LEBEL (C.), « L'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'exige pas qu'à la date de l'adoption du plan, le dirigeant ait été définitivement évincé après le paiement de ses droits sociaux », *Gaz. Pal.*, 12 avr. 2016, n°262h3, p. 65 ; PARACHKEVOVA (I.), « Cession forcée des droits sociaux des dirigeants : l'introuvable date de la perte de la qualité d'associé », *LEDEN*, mars 2016, n°5, p. 2.

⁹⁷² Le mandataire désigné pourra être l'administrateur judiciaire, conformément à l'article R. 631-34-3 du Code de commerce.

⁹⁷³ Généralement ce sera jusqu'à ce que l'acte de cession soit passé.

⁹⁷⁴ Le débiteur exerçant une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire est exclu du champ d'application de ces mesures. Le législateur a en effet considéré que l'activité est caractérisée par un fort *intuitus personae*, c'est pourquoi leur remplacement ne serait pas forcément bénéfique pour le redressement de l'entreprise. Le rapport de Hiest explique que « *l'activité de ces personnes étant caractérisée par un fort intuitus personae, leur remplacement ne pourrait réellement contribuer à la sauvegarde de leur activité* ». C. Com. Art. L. 631-19-1 al. 4 ; HYEST (J.-J.), Rapport commission des lois, Sénat, n°335, 2004-2005, t.1, p. 331 ; PEROCHON (P.), *Entreprise en difficulté*, 10^{ème} éd. 2014, Manuel, L.G.D.J., 2014, n°1137, p. 497.

⁹⁷⁵ LUCAS (F.-X.), LECUYER (H.) (dir.), *La réforme des procédures collectives – La loi de sauvegarde article par article*, L.G.D.J., 2006, p. 192.

⁹⁷⁶ AITALI (M.), *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse, 2010, n°97, p. 210.

relativisée dès lors qu'il ne trouve à s'appliquer qu'en procédure de redressement judiciaire. Ce dispositif est enfin d'autant plus limité, que seul le ministère public en a l'initiative.

2 - La possibilité d'une cession forcée des titres de l'associé dirigeant en l'absence de faute

324. L'alinéa premier de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce dispose que ce n'est que « *sur demande du ministère public* » que le tribunal peut subordonner l'adoption du plan à la cession forcée des droits sociaux de l'associé dirigeant. Il convient de préciser que cette cession forcée n'est pas une sanction, malgré l'intervention du ministère public (a). Cette mesure doit ainsi être distinguée de la cession forcée des titres prononcée consécutivement à une faillite personnelle ou à une des interdictions mentionnées à l'article L. 653-8 du Code de commerce, qui elle constitue une sanction à l'égard du dirigeant fautif (b).

a - L'associé dirigeant non fautif condamné à la cession forcée des titres sur le fondement de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce

325. L'intervention du ministère public légitime la mesure de cession forcée des titres. Elle interroge toutefois sur la nature de cette mesure, qui pourrait être assimilée à une sanction. Néanmoins, le dirigeant ne peut être tenu pour responsable de l'échec de l'entreprise, l'éviction étant alors justifiée par la seule neutralisation de l'associé mettant en péril le sauvetage de l'entreprise.

326. La compétence exclusive du ministère public pour demander l'éviction de l'associé dirigeant. Depuis la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005⁹⁷⁷, seul le ministère public peut demander la subordination d'un plan de redressement à l'éviction des associés dirigeants de la personne morale débitrice, conformément à l'alinéa 1^{er} de L. 631-19-1⁹⁷⁸.

À l'occasion, le ministère public pourra donc saisir le tribunal par une requête motivée indiquant les faits, conformément à l'article R. 631-34-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce. Ainsi,

⁹⁷⁷ Avant la loi de sauvegarde de 2005, le ministère public et l'administrateur avaient compétence pour demander la cession forcée des titres du ou des dirigeants : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1191, p. 790.

⁹⁷⁸ V. aussi : LEBEL (C), « Auteur de la demande », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, Mars 2010, comm. 53 ; CAGNOLI (P.), *Entreprises en difficulté (Procédure et organes)*, Rép. D. Soc., Dalloz, juin 2021, n°489.

comme le souligne le professeur Saint-Alary-Houin : « *La demande et son instruction sont entourées de précautions de nature à préserver les droits de la défense* »⁹⁷⁹. La Cour de cassation a précisé que les modalités de cet article étaient applicables aux trois dispositifs de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce⁹⁸⁰.

L'alinéa 1 de l'article R. 631-34-1 du Code de commerce impose au ministère public d'indiquer dans la requête les faits motivant sa demande de remplacement d'un ou plusieurs dirigeants⁹⁸¹, sans préciser si la procédure de cession forcée des titres doit être également motivée. On peut donc se demander si cette exigence de motivation est applicable à la cession forcée des titres ? La demande du ministère public doit être faite par écrit, nonobstant l'oralité de la procédure devant le tribunal de commerce. L'alinéa 2 de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce précise que c'est « *dans les mêmes conditions* » que celle s'appliquant au remplacement du dirigeant que s'effectue la cession forcée des titres. On peut alors considérer que la cession forcée des titres doit suivre la même procédure. Selon cette interprétation, le ministère public devra motiver sa demande de cession forcée des titres.

327. L'absence de sanction mais la volonté réelle de bloquer l'influence du dirigeant. L'intervention du ministère public peut laisser supposer que l'associé visé est en faute, ce qui n'est pourtant pas le cas.

L'objectif n'est pas de sanctionner l'associé dirigeant, malgré la sévérité de l'expropriation, mais d'évincer un ou des dirigeants jugés dangereux pour le redressement. Par cette mesure, le tribunal va exclure le dirigeant au profit « *d'un homme neuf* »⁹⁸². L'objectif est d'évincer le dirigeant, afin d'éliminer toute influence néfaste qu'il peut avoir sur l'entreprise en difficulté. Le professeur Daigre considère que ce n'est pas une sanction⁹⁸³, dans la mesure où il n'y a pas de faute du dirigeant⁹⁸⁴. Dans le même sens, le professeur Gibirila souligne que : « *L'éviction des dirigeants sociaux ne sanctionne nullement leurs erreurs passées, mais constitue une mesure propice au*

⁹⁷⁹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1191, p. 790.

⁹⁸⁰ Le président du tribunal doit donc également : « *convoquer, à la diligence 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. A cette convocation est jointe la requête du ministère public. Le tribunal devra statuer après avoir entendu ou dûment appelé, le cas échéant, le débiteur, l'administrateur s'il en a été désigné, le mandataire judiciaire ainsi que le représentant du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Le jugement est signifié à la diligence du greffier à chaque dirigeant en cause et au représentant légal de la personne morale. Les personnes citées à l'article R. 621-7 ainsi que les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel sont avisés de ce jugement* ».

⁹⁸¹ C. Com. Art. L. 631-19-1, al. 1.

⁹⁸² V. En ce sens : DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°247.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ AITALI (M.), *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse, 2010, n°98, p. 213.

redressement de l'entreprise »⁹⁸⁵. Cette absence de faute des dirigeants a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence⁹⁸⁶. Le tribunal ordonne la cession des titres du dirigeant afin de neutraliser les droits sociaux qui y sont attachés et plus particulièrement le droit de vote.

Dans ce cas, nous sommes entre une exclusion-sanction et une exclusion remède⁹⁸⁷. L'exclusion remède s'apparente à une opération chirurgicale déterminante pour la survie de la personne, qui ne peut survivre sans l'amputation de l'un de ses membres⁹⁸⁸. Pour autant et alors même que l'initiative en revient au ministère public, l'éviction du dirigeant n'est pas une sanction pour la doctrine, mais un moyen de priver le dirigeant de son influence néfaste⁹⁸⁹. Le pouvoir judiciaire dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation de la nécessité d'évincer le dirigeant⁹⁹⁰. Le tribunal ne peut pas imposer cette éviction, il ne peut que subordonner l'adoption du plan à la cession de ces titres. Cette mesure s'inscrit moins dans un objectif de restructuration du capital, que dans la recherche d'un changement de direction de la société.

Il faut également préciser que le tribunal a seul le pouvoir de décider qui sera le cessionnaire. Aucune clause statutaire de préférence ou pacte d'associé ne peut contredire cette règle⁹⁹¹. La seule limite serait l'existence d'un accord de cession amiable des actions ou des parts sociales, intervenant avant le jugement d'ouverture.

328. Malgré l'intervention du ministère public, la cession forcée des titres ne peut être assimilée à une sanction en l'absence de faute du dirigeant. Cette solution serait également contraire à la volonté du législateur qui semble poursuivre pour seul but le redressement de l'entreprise. Par contre, la cession forcée des titres de l'associé dirigeant prononcée lors d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer sera une sanction.

⁹⁸⁵ GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Deffrénois, Lextenso édition, 2009, n°506, p. 419.

⁹⁸⁶ CA Colmar, 12 sept. 1990, RJ com. 1990, p. 400, note VALLENS (J.-L.).

⁹⁸⁷ GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°49, p. 89.

⁹⁸⁸ STORCK (J.-P.), « La validité des conventions extrastatutaires », *D.*, 1989, n°4, p. 267.

⁹⁸⁹ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Repert. D. Soc., avril 2018, n°247.

⁹⁹⁰ JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial : Entreprises en difficulté*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 7^{ème} éd. 2006, spéc. p. 235.

⁹⁹¹ CA Nancy, 9 juin 1992, RJD A 2/ 1993, n°164.

b - L'associé dirigeant fautif condamné à la cession forcée des titres sur le fondement de l'article L. 653-9 du Code de commerce

329. Le dirigeant fautif encourt des peines de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer. Il peut encore se voir privé de ses droits sociaux ou être contraint à la cession de ses titres. Afin de neutraliser l'influence néfaste du dirigeant, le législateur prononce une sanction en conséquence à un fait commis par le dirigeant, mais la sanction touche aussi l'associé lorsque les deux qualités sont confondues sur la même personne.

330. Les faits constitutifs d'une faillite personnelle. La faillite personnelle et l'interdiction de gérer peuvent être appliquées en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire⁹⁹². Plusieurs personnes sont susceptibles de se voir appliquer la faillite personnelle⁹⁹³. La faillite personnelle peut notamment être prononcée à l'encontre du dirigeant de droit ou de fait de la société⁹⁹⁴ par le tribunal de commerce. Conformément à l'article L. 653-2 du Code de commerce : « *La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole « ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale »* ». Le tribunal peut aussi décider de prononcer, à la place de la faillite personnelle, une des autres sanctions citées par l'article L. 653-2 du Code de commerce⁹⁹⁵. Plusieurs faits peuvent être passibles de cette sanction. Ils sont énumérés à l'article L. 653-3 du Code de commerce, il peut s'agir de la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, les irrégularités dans la tenue de la comptabilité, ou encore le fait d'avoir « *détourné ou dissimulé tout ou partie « de son actif » ou frauduleusement augmenté son passif* ». D'autres infractions sont également mentionnées aux articles L. 653-4 à L. 653-6 du Code de commerce.

331. La privation du droit de vote du dirigeant fautif. À l'encontre de ces personnes ayant commis l'un de ces actes, le tribunal prononcera la faillite personnelle ou une des sanctions mentionnées à l'article L. 653-8 du Code de commerce. L'alinéa 2 de l'article L. 653-9 du Code de commerce dispose que : « *Le droit de vote des dirigeants frappés de la faillite personnelle ou de l'interdiction prévue à l'article L. 653-8 est exercé dans les assemblées des personnes morales soumis à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet, à la requête de l'administrateur, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan* ».

⁹⁹² C. Com. Art. L. 653-1 et L. 653-8.

⁹⁹³ Ces peines de faillite personnelle et d'interdiction de gérer sont applicables aux dirigeants personnes physiques et morales C. Com. Art. L. 653-1, L. 653-6 et L. 653-8.

⁹⁹⁴ C. Com. Art. L. 653-1, 2°.

⁹⁹⁵ C. Com. Art. L. 653-8.

Ainsi, l'associé dirigeant auteur d'un fait mentionné à l'article L. 653-3 du Code de commerce sera privé de l'exercice de son droit de vote.

Cette solution semble bienvenue, dans la mesure où elle permet de neutraliser totalement le dirigeant fautif. Même si selon monsieur Ledoux⁹⁹⁶, le texte fait une confusion regrettable entre la fonction de dirigeant de la personne et ses droits d'actionnaires qui subissent les conséquences de ses fautes en tant que dirigeant. On peut alors s'interroger sur la sanction prévue par l'alinéa 2 de l'article L. 653-9 du Code de commerce qui prive l'associé de l'exercice de son droit de vote, alors que la faute est celle du dirigeant⁹⁹⁷.

332. La cession forcée des titres du dirigeant fautif. L'exclusion de l'associé peut également être prononcée, lors d'une mesure de faillite personnelle ou d'une des interdictions mentionnées à l'article L. 653-8 du Code de commerce⁹⁹⁸. Un dirigeant pourra être contraint à la cession de ses titres⁹⁹⁹. L'article L. 653-9, al. 2 du Code de commerce dispose en ce sens que : « *Le tribunal peut enjoindre à ces dirigeants ou à certains d'entre eux, de céder leurs actions ou parts sociales dans la personne morale ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise* ».

333. Une différence notable est à relever entre la cession forcée des titres prévue dans le cadre d'une faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer, qui repose sur une sanction et la cession forcée des titres de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce qui est applicable en l'absence de faute du dirigeant¹⁰⁰⁰. La même remarque que précédemment peut être faite. On peut s'interroger sur cette cession forcée des titres qui semble fondée sur une faute du dirigeant. La solution peut surprendre si l'on considère que les qualités d'associé et de dirigeant sont des fonctions distinctes. Cette sanction fondée sur une faute du dirigeant et touchant les droits des associés semble confuse. Toutefois, la finalité de ce texte qui veut neutraliser l'influence d'une personne dangereuse pour le sauvetage de l'entreprise rend cette confusion plus acceptable.

⁹⁹⁶ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°54, p. 64 ; HAUPTMANN (J.-M.), *Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand*, th. Nancy II, Dact., 1986, p. 154.

⁹⁹⁷ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°58, p. 65.

⁹⁹⁸ CA Paris, 25 sept. 1990, *D.* 1990, IR p. 229.

⁹⁹⁹ CA Versailles 13^e ch., 25 févr. 1993, n°141, *Mme Robert et autres c/ Mandin ès-qual.*, *BJS*, mai 1993, n°JBS-1993-168, p. 602, note LE CANNU (P.) ; V. CABRILLAC (M.), « La vente de ses parts ou actions imposée au dirigeant social en faillite personnelle », in *Mélanges en l'honneur de JAUFFRET (A.)*, 1974, p. 163.

¹⁰⁰⁰ ERNST-DEGENHARDT (P.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective », *BJE*, 1 nov. 2015, n°06, p. 432 ; « *Ce texte restrictif de droits, a priori dénué de tout esprit de sanction, mérite une interprétation stricte* » : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd. 2021-2022, n°531-311, p. 1560.

3 - L'atteinte faite aux droits de l'associé dirigeant justifiée par le sauvetage de l'entreprise

334. L'éviction de l'associé dirigeant par la cession forcée de ses titres se fixe pour objectif de neutraliser l'associé susceptible de mettre en péril le sauvetage de l'entreprise. Son éviction est alors justifiée et conditionnée par la défense de l'intérêt général **(a)**. Cette restriction à la cession forcée des titres du dirigeant satisfait aux exigences constitutionnelles sur le droit de propriété de l'associé **(c)**. Néanmoins, on peut s'étonner que la Cour de cassation ait jugé que l'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'interdit pas au tribunal de nommer un mandataire de justice chargé d'exercer son droit de vote le temps de la réalisation de la cession **(b)**.

a - Une éviction destinée à permettre le sauvetage de l'entreprise

335. L'expropriation de l'associé dirigeant pourra être intéressante pour un repreneur, lequel pourra reprendre les titres de cet associé souvent majoritaire.

336. Le sauvetage de l'entreprise comme condition nécessaire à l'éviction de l'associé. L'article L. 631-19-1 du Code de commerce envisage la cession forcée des droits sociaux du dirigeant lorsque « *le redressement de l'entreprise le requiert* »¹⁰⁰¹. Derrida a d'ailleurs pu motiver cette cession comme une « *expropriation pour cause de nécessité sociale* »¹⁰⁰². Cette notion reste assez vague, laissée à la libre appréciation du juge, ce qui génère une insécurité juridique importante pour le chef d'entreprise. Le tribunal devra motiver sa décision, en précisant notamment que l'entreprise a besoin « *d'hommes neufs* ».

Cette condition de nécessité sociale pourra paraître illusoire dans le cadre d'une société unipersonnelle avec un associé dirigeant unique, car son exclusion pourra entraîner la dissolution de la société¹⁰⁰³. Il n'y a alors aucune motivation de sauvetage de l'entreprise, ce qui pousse à penser que, sauf condition de l'entrée d'un tiers investisseur pour faire perdurer la direction de la société, la cession forcée des titres d'un associé dirigeant unique paraît sans intérêt.

¹⁰⁰¹ L'ancien article L. 621-59 du Code de commerce prévoyant la cession des droits sociaux en procédure de sauvegarde autorisait la cession sous condition que « la survie de l'entreprise » le requiert, ce qui était plus restrictif : PEROCHON (F.), BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 9^{ème} éd. 2009, n°406-2. V. Pour exemple : TC Grenoble, 12 janv. 1988, RJ Com. 1988. 189, note GALLET (C.-H.).

¹⁰⁰² Cass. Com. 27 avr. 1993, *D.*, 1995 somm., p. 3, obs. DERRIDA (J.).

¹⁰⁰³ CA Nancy, 18 déc. 2002, *Dr. Sociétés*, déc. 2003, p. 19 ; RTD Com., 2004, p. 94, n°2, obs. CHAMPAUD (C.).

Monsieur de Bermond de Vaultx souligne que « *Si à la suite de pertes les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés peut décider la réduction et l'augmentation corrélative du capital en faveur d'un tiers, réalisant ainsi le transfert économique de la société* »⁽⁷⁶⁾. Mais la loi de 1985 n'ayant pas supprimé le droit préférentiel de souscription, les associés restent donc libres d'écarter l'éventuel repreneur, ce qui explique que le législateur, voulant vaincre des blocages déraisonnables, ait par ailleurs prévu le régime de la cession forcée des droits sociaux qui constitue à n'en pas douter, une utile mesure de dissuasion à la disposition du tribunal »¹⁰⁰⁴. Les magistrats peuvent décider de l'exclusion des dirigeants par la cession forcée de leurs droits sociaux au profit d'un tiers. La cession dans ce cadre permet une transmission du droit de vote à un tiers qui s'engagerait à respecter le plan.

337. La cession des titres d'un ou de plusieurs dirigeants. De plus, l'article L. 631-19-1 du Code de commerce permet de subordonner la cession des droits sociaux « *d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise* » à l'adoption d'un plan. Ainsi, le tribunal peut donc choisir parmi les dirigeants celui ou ceux dont le maintien dans l'entreprise compromet son sauvetage¹⁰⁰⁵. Le choix peut également être réalisé en fonction du dirigeant ayant le plus de titres dans le capital afin d'assurer la prise de contrôle par un tiers.

338. La possibilité de vendre seulement une fraction des titres. À cette fin, une cession complète des titres du dirigeant ne semble pas nécessaire. La cession d'une fraction seulement des titres de l'associé dirigeant n'empêchera pas, le cas échéant, sa dilution. L'objectif étant limité à l'entrée d'un tiers qui prendra le contrôle de la société. Le juge peut ainsi limiter la cession des titres à la seule fraction du capital nécessaire à la préservation des intérêts de l'entreprise et éviter que l'associé dirigeant ne conserve une minorité de blocage¹⁰⁰⁶.

339. L'utilisation du texte pour atteindre les associés majoritaires. Cependant, l'associé dirigeant n'est pas toujours l'associé majoritaire, il sera alors tentant de qualifier de dirigeant de fait l'associé majoritaire afin de prononcer à son égard la cession forcée de ses titres en vue d'une reprise interne. Cette disposition se révélera, dans cette hypothèse, peu efficace pour atteindre les associés majoritaires qui bloqueraient une restructuration. La démonstration de la qualité de dirigeant de fait de l'associé majoritaire est en effet « *difficile à*

¹⁰⁰⁴ DE BERMOND DE VAULTX (J.-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221.

¹⁰⁰⁵ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc, Dalloz, avril 2018, n°240.

¹⁰⁰⁶ DE BERMOND DE VAULTX (J.-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221.

faire »¹⁰⁰⁷. Un associé qui ne voudrait pas exécuter le plan pourra tout de même s'opposer à l'entrée d'un tiers qui, lui, s'engagerait à le respecter. Il ne fait aucun doute que la menace d'éviction sera une arme redoutable et redoutée pour lutter face à l'opposition des dirigeants à des mesures essentielles au redressement de l'entreprise. La cession forcée des droits sociaux du dirigeant pourra servir également de moyen dissuasif pour le tribunal à l'égard d'associés dirigeants déraisonnables¹⁰⁰⁸. Néanmoins, le véritable objectif de cette mesure n'est pas de sanctionner le dirigeant, ce qui serait contraire à la conception du droit des entreprises en difficulté de distinguer « *le sort de l'homme de celui de l'entreprise* ». Le but de cette cession forcée des titres serait de favoriser une reprise interne¹⁰⁰⁹. Consécutivement à cette cession forcée des titres du dirigeant associé, une majorité pourrait émerger, car le dirigeant associé détient souvent la majorité des titres du capital. Son éviction favoriserait ainsi l'entrée d'un nouvel associé¹⁰¹⁰.

La valeur des titres devra être fixée par expert, l'éviction n'étant pas une sanction. L'ex-dirigeant se jugeant lésé par l'évaluation pourra faire appel de la décision¹⁰¹¹. Dans le cas d'un accueil favorable de cet appel, le tribunal devra nommer un nouvel expert afin de procéder à une nouvelle évaluation des parts¹⁰¹².

340. L'atteinte faite aux droits de l'associé est ainsi motivée par l'intérêt général de cette mesure. Cette finalité permet également de justifier l'atteinte faite au droit de propriété constitutionnellement protégé.

¹⁰⁰⁷ CERATI-GAUTHIER (A.), « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droits des associés et actionnaires de la société débitrice », *BJE*, 1 mars 2015, n°2, p. 129.

¹⁰⁰⁸ DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221.

¹⁰⁰⁹ En ce sens : Cass. Com. 12 juill. 1994, *D.*, 1995, somm. 2, obs. DERRIDA (F.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1995, 149, obs. SOINNE (B.).

¹⁰¹⁰ MARTIN-SERF (M.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p. 31.

¹⁰¹¹ V. sur la question : HONORAT (A.), « Le dirigeant peut faire appel de la décision qui ordonne la cession forcée de ses actions », *D.*, 2002, p. 1482 ; LIENHARD (A.), « Le dirigeant peut faire appel de la décision qui ordonne la cession forcée de ses actions », *D.*, 2001, p. 2299.

¹⁰¹² FRAIMOUT (J.J.), « La cession forcée des droits sociaux ne saurait être ordonnée à l'encontre d'un dirigeant qui n'est plus en fonction au jour du jugement d'ouverture, quand bien même sa démission n'aurait pas été publiée. », *Rev. Proc. Coll.* n°1, janvier 2009, comm. 3.

b - La privation discutable du droit de vote de l'associé dirigeant dans l'attente de la cession forcée de ses titres

341. L'arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 2016¹⁰¹³ apporte des précisions sur la perte de la qualité d'associé lors de la cession forcée des droits sociaux des dirigeants. En effet, « l'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'exige pas qu'à l'adoption du plan, le dirigeant ait été définitivement évincé après le paiement de ses droits sociaux »¹⁰¹⁴. L'arrêt précise encore que, dans l'attente de la réalisation de la cession, un mandataire de justice peut être chargé de voter à la place du dirigeant.

342. La privation de l'associé dirigeant de son droit de vote. En l'espèce, une société exploitant un hôtel à Cannes, dirigée par M.X, est mise en redressement judiciaire. Un tiers, proposa alors de reprendre la société, sous condition suspensive de la cession forcée préalable. Le tribunal arrête finalement un plan de continuation au profit du tiers repreneur, ordonnant la cession forcée des titres de M. X dirigeant de la société. Dans l'attente de la réalisation de la cession, le tribunal avait nommé un mandataire de justice chargé d'exercer les droits de l'associé dirigeant en attendant la cession.

Ainsi, l'arrêt précise que la perte de la qualité d'associé n'a pas de corrélation avec l'adoption du plan¹⁰¹⁵, contrairement à l'analyse qui avait pu être faite par une cour d'appel dans un arrêt du 16 juin 2000¹⁰¹⁶.

On apprend également que la Cour de cassation estime que l'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'interdit pas au tribunal, qui subordonne l'adoption d'un plan de redressement à la cession des titres d'un dirigeant, que dans l'attente de la cession de ses titres, un mandataire de justice puisse être chargé d'exercer le droit de vote attaché à ces titres.

Cette solution peut toutefois surprendre.

En principe, la perte de la qualité d'associé devrait être la conséquence de la cession forcée des

¹⁰¹³ Cass. Com., 26 janv. 2016, n°14-14.742, *Sté Compagnie hôtelière d'exploitation du Cannes palace (CHECP et a. c/ Sté Foncière Clannathone et a., FS-PB (rejet pourvoi c/ CA Aix-en-Provence, 19 sept. 2013 et 6 mars 2014), Mme Mouillard, prés. – SCP Bénabent et Jéhanin, SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SCP Gadion et Chevallier, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Odent et Poulet, SCP Thouin-Palat et Boucard, av, Deffrénois* 16 févr. 2016, n°132m6, p. 7 ; LEDEN mars 2016, n°03, p. 2, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Gaz. Pal.*, 16 févr. 2016, n°7, p. 35, note BERLAUD (C.) ; *BJE*, mai 2016, 1 mai 2016, n°03, p. 164, note FAVARIO (T.) ; *BJS*, déc. 2015, p. 658, n°114j1, note MELIN (F.) ; Act. Proc. Coll., 2015, comm. n°278, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; *JCP éd. E*, 2015, 1562, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP éd. G.*, 2015, 1390, note BRIGNON (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2015, comm., n°218, note LEGROS (J.-P.) ; *Gaz. Pal.*, 12 avril 2016, n°14, p. 65, note LEBEL (C.).

¹⁰¹⁴ LEBEL (C.), « L'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'exige pas qu'à l'adoption du plan, le dirigeant ait été définitivement évincé après le paiement de ses droits sociaux », *Gaz. Pal.*, 12 avr. 2016, 262h3, p. 65.

¹⁰¹⁵ PARACHKEVOVA (I.), « Cession forcée des droits sociaux des dirigeants : l'introuvable date de la perte de la qualité d'associé », LEDEN, mars 2016, n°3, p. 2.

¹⁰¹⁶ CA Paris, 16 juin 2000, JurisData n°2000-124858.

titres de l'associé dirigeant. Pourtant, la Cour estime que celui-ci puisse être privé de ses prérogatives politiques dans l'attente de la réalisation de la cession. Cette solution porte donc atteinte à l'article 1844 alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose que : « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ».

C'est la voie qui aurait due être empruntée, dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article ne donne cette faculté de désigner un mandataire de justice au tribunal que lors du prononcé de l'incessibilité des titres de l'associé dirigeant. Comme le précise le professeur Favario : « *Rien de tel n'est expressément prévu en cas de cession forcée des titres sociaux* »¹⁰¹⁷. Alors qu'on sait que « *le texte est d'interprétation stricte* »¹⁰¹⁸. La privation de l'associé dirigeant de ses droits politiques, accompagnant une cession forcée de ses titres, semble ainsi reposer sur une interprétation extensive de l'alinéa 2 de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce. Sauf à interpréter les termes « *de même* », comme validant l'application du dispositif lié à l'incessibilité est aussi applicable à la cession forcée des titres. Ce n'est pourtant pas sur ce fondement que se base la Cour de cassation qui juge que l'article L. 631-19-1 du Code de commerce « *n'interdit pas au tribunal, qui a décidé la cession forcée des droits sociaux des dirigeants dans le cadre de la préparation d'un plan de redressement, de désigner, dans l'attente de la réalisation de cette cession, un mandataire de justice chargé d'exercer le droit de vote attaché à ces droits* ». Ainsi, si on peut comprendre que cette solution tient à limiter l'influence négative de l'associé dirigeant sur les décisions touchant à la société pendant la période intercalaire¹⁰¹⁹, rien ne semble la justifier légalement¹⁰²⁰.

En outre, si on se réfère à cet arrêt, la date de la perte de la qualité d'associé correspondrait à la date de « *réalisation de la cession* », solution qui demeure assez « *floue* »¹⁰²¹. La cour d'appel vient nous apporter une précision puisqu'elle a considéré que c'était jusqu'à la « *signature des actes de cessions* ». Comme le remarque le professeur Parachkevova¹⁰²², la Cour de cassation a manqué l'occasion d'apporter des précisions sur le moment de la perte de la qualité d'associé.

¹⁰¹⁷ Sur l'absence de base légale : FAVARIO (T.), « Exercice de dissection de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce », *BJE*, mai 2016, n°3, p. 164.

¹⁰¹⁸ PARACHKEVOVA (I.), « Cession forcée des droits sociaux des dirigeants : l'introuvable date de la perte de la qualité d'associé », *LEDEN*, mars 2016, n°3, p. 2.

¹⁰¹⁹ En ce sens également : FAVARIO (T.), « Exercice de dissection de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce », *BJE*, mai 2016, n°113e9, P. 164.

¹⁰²⁰ Cette solution fut pourtant déjà prononcée par la cour d'appel de Chambéry : CA Chambéry, 20 mai 2014, n°14-00.079.

¹⁰²¹ PARACHKEVOVA (I.), « Cession forcée des droits sociaux des dirigeants : l'introuvable date de la perte de la qualité d'associé », *LEDEN*, mars 2016, n°3, p. 2.

¹⁰²² *Ibid.*

343. Pour conclure, bien que la position de la Cour de cassation paraisse contestable, celle-ci admet que l'associé dirigeant soit privé de ses droits politiques le temps que la cession forcée des titres soit réalisée.

c - La validation par le Conseil constitutionnel du dispositif de cession forcée des titres de l'associé dirigeant

344. Malgré l'atteinte faite aux droits de l'associé, le conseil constitutionnel a validé la mesure de cession forcée des titres de l'associé dirigeant.

345. **La constitutionnalité du texte.** La question de la constitutionnalité de ce texte a pu se poser. Le respect du droit constitutionnel de propriété a été débattu par une grande partie de la doctrine¹⁰²³. La chambre commerciale du 7 juillet 2015¹⁰²⁴ a envoyé au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la cession imposée des droits sociaux s'agissant de la compatibilité, de première part avec le principe constitutionnel du droit de la propriété et, de seconde part, avec les articles 1 et 6 de la Déclaration des droit de l'homme et du citoyen, en ce que ceux-ci prohibent une discrimination injustifiée entre les dirigeants ordinaires et ceux exerçant une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire.

Le Conseil constitutionnel a mis fin aux débats en retenant que les dispositions de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'était ni contraire aux normes constitutionnelles sur le droit de propriété, ni contraire aux articles 1 et 6 de la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen¹⁰²⁵.

346. **Une atteinte à la propriété proportionnée.** Le requérant soulevait ainsi une privation de propriété injustifiée et disproportionnée. La question portait essentiellement sur la possible atteinte faite à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui garantit le droit de propriété en ses articles 2¹⁰²⁶ et 17. Ce dernier dispose que : « *La propriété est un droit*

¹⁰²³ VALLENS (J.-L.), « Constitutionnalité des règles de la procédure collective », RTD Com., 2013, p. 353 ; ROUSSEL-GALLE (P.), « PC et QPC : un couple tumultueux... », *Rev. Proc. Coll.*, nov. 2012, n°6. V. aussi plus récemment : MELIN (F.), « Conformité à la Constitution de la cession forcée des droits sociaux en cas de redressement », *BJS*, 2 déc. 2015, n°12, p. 658 ; FAVARIO (T.), « Le Livre VI du Code de commerce en son miroir constitutionnel », *Rev. Proc. Coll.*, Juill. 2015, étude n°12.

¹⁰²⁴ Cass. Com., 7 juill. 2015, n°14-29.360, LEDEN, sept. 2015, p. 5, n°119, obs. FAVARIO (T.) ; *Rev. Sociétés*, 2015 p. 543, note HENRY (L.-C.).

¹⁰²⁵ Cons. Const., 7 oct. 2015-486 QPC.

¹⁰²⁶ DDHC. Art 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* ». Cet article érige la propriété au rang de droit naturel et imprescriptible.

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 ».

À cette question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel répond tout d'abord que l'article L. 631-19-1 du Code de commerce ne méconnaît pas le droit de propriété de l'associé dirigeant. Les juges du Conseil constitutionnel considèrent que : « *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 ; que, par suite, les dispositions contestées n'entraînent pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789* ». La conformité de la cession à cette disposition s'expliquerait par la faculté de céder les titres dont dispose l'associé dirigeant. Le dirigeant dispose de la possibilité de renoncer à ses fonctions avant que le tribunal n'ordonne la cession de ses titres. C'est pour cette raison qu'en pratique le recours à la cession imposée des droits sociaux des dirigeants reste très limité¹⁰²⁷. Néanmoins, la justification apportée est assez surprenante. « *Astucieux argument* » pour certains¹⁰²⁸, il est difficile de voir le rapport entre l'absence d'atteinte disproportionnée au droit de propriété et le fait pour l'associé dirigeant de renoncer au préalable à ses fonctions de dirigeant.

De plus, l'argument dégagé par le Conseil constitutionnel est tout de même critiquable, dans la mesure où le choix du dirigeant n'est pas totalement libre. En effet, si le dirigeant refusait de céder ses titres, le tribunal ordonnerait la cession de ses titres.

En revanche, la conformité à l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen est logiquement assurée par les diverses conditions posées par le législateur à l'article L. 631-19-1 du Code de commerce.

Plusieurs conditions viennent assurer la conformité de l'article L. 631-19-10 du Code de commerce, comme le démontre les juges du Conseil constitutionnel qui considère que : « *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*

¹⁰²⁷ ROUSSEL-GALLE, « La cession des titres du dirigeant et le ministère public », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 521.

¹⁰²⁸ FAVARIO (F.), « L'article L. 631-19-1 du Code de commerce soustrait à la censure constitutionnelle », *BJE*, nov. 2015, n°6, p. 362.

disproportionnée au droit de propriété du dirigeant et, par suite, ne méconnaissent pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 ».

En effet, le législateur poursuit un objectif d'intérêt général celui du « *redressement de l'entreprise* »¹⁰²⁹. Cette idée de sauvetage de l'entreprise est reprise par l'alinéa 2 de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce qui débute par : « *A cette fin et dans les mêmes conditions* ». Ce début de phrase marque la condition de cette mesure qui est de « *subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise* » lorsque le redressement le requiert¹⁰³⁰. La cession des titres du dirigeant doit en d'autres termes être une condition à la réussite du plan. L'objectif est donc légitimé par le simple impératif de redressement de l'entreprise qui constitue à lui seule un objectif d'intérêt général, solution qui peut surprendre quand on connaît les multiples conditions qui entourent l'application de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce pour satisfaire cette condition d'intérêt général¹⁰³¹.

347. La neutralisation de l'associé dirigeant pour le sauvetage de l'entreprise.

Cette disposition permettant l'éviction du chef d'entreprise associé se heurte à l'ordre public sociétaire, qui a toujours été hostile à l'exclusion d'un associé¹⁰³². Mais dans le contexte du droit des entreprises en difficulté, les intérêts sont différents et les objectifs socio-économiques du droit des faillites légitiment la mesure. Le texte précise que c'est bien « *lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert* »¹⁰³³ que la mesure peut être mise en œuvre. La cession forcée des titres du dirigeant porte donc légitimement atteinte au pacte social¹⁰³⁴.

Une alternative à cette éviction aurait pu être trouvée dans le simple remplacement du dirigeant par l'assemblée. Cette mesure ne s'inscrit pas dans la logique de recapitalisation de la société¹⁰³⁵, mais dans celle de la réorganisation du pouvoir. Le remplacement du dirigeant par un mandataire nommé à cet effet aurait pu être suffisant pour certains auteurs¹⁰³⁶.

C'est donc à juste titre, que le Conseil constitutionnel a admis la conformité de cet article aux principes constitutionnels.

¹⁰²⁹ C. Com. L. 631-19-1, al. 1.

¹⁰³⁰ ROUSSEL-GALLE (P.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109, n°1.

¹⁰³¹ Cf. *Infra*. n°359.

¹⁰³² PARACHKEVOVA (I.), « Du nouveau dans la cession forcée des droits sociaux dans la procédure collective », *BJS*, 1 juin 2010, n°06, p. 559.

¹⁰³³ C. Com. Art. L. 626-4.

¹⁰³⁴ DIESBECQ (A.), « La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, 22 janvier 2009 n°22, p. 3.

¹⁰³⁵ Même si le cas échéant, elle pourra être utile à une reprise interne.

¹⁰³⁶ PEROCHON (F.), BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 9^{ème} éd. 2009, n°406-2.

348. Une discrimination justifiée dans le cadre des traitements différenciés des dirigeants. La question prioritaire de constitutionnalité portait, dans un second temps, sur la conformité des traitements particuliers applicables aux dirigeants de sociétés de professionnels libéraux soumis à un statut législatif ou réglementaire. Le principe mis à mal serait celui de l'égalité de l'article 6 de la déclaration de 1789¹⁰³⁷. Le Conseil constitutionnel a validé le principe de la cession forcée des droits sociaux comme conforme à l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme, le législateur pouvant régler de façon différente des situations différentes ou déroger à ce principe d'égalité pour des raisons d'intérêt général. La sauvegarde de l'intérêt général et le statut des professions libérales qui relèvent d'une situation spécifique de par « *l'agrément, de l'inscription ou de la titularisation qui s'impose à lui* »¹⁰³⁸, motive la décision d'admission du conseil constitutionnel, lequel a pris en compte l'intuitu personae présent de ces sociétés.

349. Ainsi, si le législateur a élaboré un dispositif précis et conditionné dans son application afin de palier à l'éventualité d'une censure du conseil constitutionnel ; il a omis cependant de préciser les conséquences de la cession forcée des titres pour l'associé dirigeant.

B) Les incertitudes pesant sur les conséquences de la cession forcée des titres pour l'associé dirigeant

350. Plusieurs imprécisions demeurent sur l'exécution de la mesure de cession forcée des titres de l'associé dirigeant. On peut en effet s'interroger sur les voies de recours ouvertes contre ce dispositif ? Comment les titres vont-ils être évalués ? Enfin, il conviendra de préciser que l'associé demeure tenu de ses obligations financières.

351. Les voies de recours du dirigeant contre la décision de cession de ses droits sociaux. Il convient d'emblée de préciser que l'article L. 631-19-1 du Code de commerce ne précise pas qu'elles sont les voies de recours qui sont offertes à l'associé dirigeant évincé, pour contester le dispositif de cession forcée des titres¹⁰³⁹.

En effet, le dispositif de cession forcée des titres de l'associé dirigeant a de lourdes conséquences pour l'associé dirigeant, ce qui pose ainsi la question des voies de recours.

Il a d'abord été soutenu que la mesure de cession forcée des titres intervenait dans le cadre de

¹⁰³⁷ DDHC. Art. 6 : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leur représentant, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse (...)* ».

¹⁰³⁸ MELIN (F.), « Conformité à la Constitution de la cession forcée des droits sociaux en cas de redressement », *BJJ*, 2 déc. 2015, n°12, p. 658.

¹⁰³⁹ ARTALI (M.), *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse 1, 2010, n°101, p. 220.

l'arrêté du plan, dont l'appel ne peut être ouvert à l'associé dirigeant. En effet, le dirigeant associé n'est pas partie principale et ne peut donc pas interjeter appel de la décision. L'article L. 661-1 du Code de commerce, qui mentionne les décisions susceptibles d'appel et de pourvoi en cassation, ne vise effectivement pas l'associé dirigeant visé par une cession forcée des titres¹⁰⁴⁰.

Finalement, la cour d'appel de Paris¹⁰⁴¹, puis la Cour de cassation¹⁰⁴², ont retenu la distinction entre « la décision arrêtant le plan de continuation de celle prononçant la cession forcée des titres, même si les deux décisions n'en constituent réellement qu'une »¹⁰⁴³. Ainsi, comme le soulignent les professeurs Saint-Alary-Houin et Houin-Bressand¹⁰⁴⁴, la mesure de cession forcée des titres peut être l'objet d'un appel des dirigeants dès lors que cette mesure peut être considérée comme détachable du plan et en application du droit commun de l'appel¹⁰⁴⁵.

En l'espèce, la Cour de cassation a ouvert une procédure d'appel, dans un cas d'excès de pouvoir¹⁰⁴⁶. La Cour de cassation a en effet précisé dans un arrêt du 27 avril 1993 que : « *Excède ses pouvoirs la cour d'appel qui, après avoir relevé qu'il n'était pas établi que la survie d'une société en redressement judiciaire requérait " l'éviction et l'expropriation " d'un associé et que celui-ci n'était plus dirigeant de droit de la société, dont il n'était pas non plus démontré qu'il aurait conservé la direction de fait, déclare irrecevable l'appel, formé par cette personne, du jugement arrêtant le plan de continuation de l'entreprise qui avait prononcé l'incessibilité des parts de cet associé [...], au motif qu'en vertu des dispositions des articles 171 et 174 de la loi du 25 janvier 1985 l'intéressé était privé du droit de faire appel du jugement et que ce jugement ne présentait pas de vice suffisamment grave pour justifier la formation d'un appel-nullité* ».

La décision ordonnant la cession forcée des titres de l'associé dirigeant lui fait grief et lui donne donc droit d'en faire appel conformément à l'article 543 du Code de procédure de civil. Cet article dispose que : « *La voie d'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé* ». On rejoindra le professeur Blanc qui considère

¹⁰⁴⁰ BLANC (G.), *Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement*, Rép. D. Com., avril 2021, n°154.

¹⁰⁴¹ Obs. SOINNE (B.), sous CA Paris 26 juin 1995, *Rev. Proc. Coll.*, 1995, 407, n°9.

¹⁰⁴² Cass. Com., 1 juill. 1997, n°95-16.927, *Bull. Civ.* IV, n° 213, *JCP*, 1998. I. 111, n°4, obs. PETEL (P.) ; Cass. Com. 26 juin 2001, n°98-19.665, *Bull. Civ.*, IV, n°127 ; *D.*, 2001. AJ 2299, obs. LIENHARD (A.) ; *RTD Com.*, 2001. 778, obs. VALLENS (J.-L.) ; *JCP éd. E*, 2002. Chron. 121, p. 127, n°5, obs. PETEL (P.) ; *RJD A*, 2001, n°1242 ; *Dr. Et patr.*, 2002, n°103, p. 99, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; *RJ com.*, 2002. 85, n°1589, note LUCAS (F.-X.) ; *D.*, 2002. Somm. 1482, obs. HONORAT (A.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2002. 166, n°4, obs. GORRIAS (P.).

¹⁰⁴³ BLANC (G.), *Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement*, Rép. D. Com., avril 2021, n°154.

¹⁰⁴⁴ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), HOUIN-BRESSAND (C.), *Sauvegarde et redressement judiciaire. - Plan de redressement*, *Juris. Cl.*, Fasc. : 2630, 15 mars 2020, n°24.

¹⁰⁴⁵ Cass. Com., 26 juin 2001, n°98-19.665, *JurisData* n°2001-010348, *Bull. Civ.*, 2001, IV, n°127 ; *JCP éd. E*, 2002, 121, n°5, obs. PETEL (P.) ; CERATI-GAUTHIER (A.), « Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : associés de la société débitrice et voies de recours », *JCP éd. E*, n°22, 29 Mai 2008, 1716.

¹⁰⁴⁶ Cass. Com., 27 avr. 1993, n°91-10.867, *Rev. Sociétés*, 1993. 648, note CHAPUT (Y.) ; Cass. Com., 27 avr. 1993, *D.*, 1994, Somm., p. 45, obs. DERRIDA (J.).

que même si cette solution avait été dégagée sous l'empire de la loi de 1985 et de l'article L. 621-59, elle devrait être encore applicable à l'article L. 631-19-1 du Code de commerce.

352. L'imprécision sur l'évaluation des titres. Une autre imprécision concerne l'évaluation des parts faisant l'objet de la cession forcée.

Il s'agit de préciser que l'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'exige pas que, à la date de l'adoption du plan, tous les effets de l'éviction du dirigeant aient été acquis, il est ainsi imaginable que le prix de cession des titres ne soit pas encore payé au dirigeant évincé à la date de l'adoption du plan¹⁰⁴⁷.

L'article L. 631-19-1 du Code de commerce prévoit que le prix de cession est « *fixé à dire d'expert* ». La Cour de cassation a tranché dans un arrêt de février 2010 la question de la compétence pour ordonner l'expertise¹⁰⁴⁸, qui est systématique dans ce cas¹⁰⁴⁹. Elle a répondu catégoriquement, en référence à l'article 1843-4 du Code civil, que c'est au président du tribunal que revient la tâche d'ordonner l'expertise¹⁰⁵⁰. Cette solution est en cohérence avec la jurisprudence du droit commun en matière d'expertise judiciaire¹⁰⁵¹. Dès lors, pour une bonne exécution de la mesure, le tribunal prononçant la cession forcée désignera un expert chargé de la détermination du prix sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil.

Il eût été plus clair de le préciser à l'article L. 631-19-1 du Code de commerce la procédure de désignation de l'expert.

353. Les conséquences financières de la cession. L'associé dirigeant, contraint de céder ses titres, sera toujours contraint à certaines obligations financières. Si l'obligation de contribuer aux pertes disparaît pour l'avenir, il en va différemment de l'obligation aux dettes sociales pour les associés de sociétés civiles ou de sociétés en nom collectif. Madame Lebel

¹⁰⁴⁷ Cass. Com., 26 janv. 2016, n°14-14.742, *D.*, 2016. Actu 309 ; LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, coll. encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Dalloz, 9^{ème} éd. 2020-2021, n°116.35, p. 446.

¹⁰⁴⁸ Cass. Com. 9 Février 2010, n°09-10.800, *SARL Meubles Martel*, *BJS*, 1 juin 2010, n°6, p. 559, note PARACHKEVOVA (I).

¹⁰⁴⁹ Le recours à une expertise judiciaire pour déterminer les prix des actions est systématique : CA Grenoble, 16 juin 1988, *RJ. Com.*, 1988. 228.

¹⁰⁵⁰ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°247.

¹⁰⁵¹ Cass. Com., 25 nov. 2003, n°00-22.089, *Bull. Civ.* 2003, I, n°243 ; Cass. Com., 30 nov. 2004, n°03-13.756, *Bull. Civ.*, 2004, IV, n°210 et 211 ; *Contra*, Cass. Com., 6 nov. 2002, n°01-12821, *Dr. Sociétés*, 2003, comm. 65.

L'expert appréciera la valeur des droits sociaux « en fonction de la valeur objective des titres mais aussi en fonction de la trésorerie apportée par le cessionnaire afin d'assurer l'exécution du plan ou bien encore de son engagement à le cautionner pendant toute sa durée » (BROCARD (E.), « La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 217, n°15.). Il est encore notable que la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 15 janvier 2013 que le sérieux du prix doit être apprécié en fonction des obligations souscrites par le cessionnaire en garantie de l'exécution du plan de redressement (Cass. Com., 15 janv. 2013, n°11-12.495, *Bull. Joly.*, 2013, n°3 p. 141, note CERATI-GAUTHIER (A.)). V. Sur la règle d'un prix sérieux : CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, th. 2009, Economica, préface de BUREAU (D.), n°115 et s., p. 80 et s.

souligne que : « *Lorsque la société est en difficulté et qu'une procédure collective a été ouverte, après leur départ, ils restent tenus d'une quote-part du passif déclaré entre les mains du mandataire judiciaire, puis admis par le juge-commissaire* »¹⁰⁵². Leur éviction de la société ne les exonérera donc pas de leur responsabilité financière. Cette charge devra toutefois être comprise dans le prix de vente des parts-sociales.

354. Conclusion Section I. Par voie de conséquence, la loi permet de neutraliser l'associé dirigeant au moyen de plusieurs mesures. D'une part, le juge a la possibilité de rendre incessible ses titres, afin que le dirigeant éventuellement fautif ne puisse échapper à ses responsabilités. D'autre part, le législateur a également prévu la possibilité d'une cession forcée de ses titres. L'associé dirigeant peut ainsi être évincé si l'intérêt de l'entreprise le requiert. Alors que cette neutralisation ne concernait que l'associé dirigeant, la loi Macron¹⁰⁵³ ajoute un volet remarquable, dès lors qu'elle introduit dans le Code de commerce un nouveau dispositif de cession forcée des titres, cette fois applicable aux associés non dirigeant.

¹⁰⁵² LEBEL (C.), « Le départ d'un associé d'une société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 29.

¹⁰⁵³ Loi n°2015-990 du 6 août 2015.

SECTION II

La cession forcée des titres de l'associé refusant de participer au sauvetage de l'entreprise

355. L'éviction des associés n'est pas un dispositif ancré dans la « *culture française* »¹⁰⁵⁴. Cependant, la survie de la société dépendra parfois de l'exclusion des associés¹⁰⁵⁵. Conformément à cette exigence, la réforme opérée par la loi Macron institue une exception au droit de l'associé de demeurer dans la société.

Le mécanisme de cession forcée des titres des associés, même non dirigeant, fut sur le point d'être consacré par l'ordonnance n°2014-236 du 12 mars 2014, en son alinéa 6 du I de l'article L. 631-19 du Code de commerce. Le législateur a finalement reculé sous la menace de l'inconstitutionnalité de ce texte¹⁰⁵⁶. C'est finalement la loi du 6 août 2015, dite loi Macron¹⁰⁵⁷, qui a consacré ce dispositif de cession forcée des titres.

356. L'article L. 631-19-2, 2° du Code de commerce dispose en effet que le tribunal peut : « *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 un minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qu'ils 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. Toute clause d'agrément est réputée non écrite* ».

Ce procédé de cession forcée des titres des associés, institué au 2° de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, s'inscrit dans la continuité de la réforme de 2014, venant en plus contraindre des associés. La loi Macron va d'ailleurs plus loin que le projet de réforme de 2014, qui limitait le recours à la cession contrainte au seul cas d'un refus de reconstitution des capitaux propres. La loi Macron est bien plus audacieuse permettant de « *diluer* » ou « *d'exclure* » un

¹⁰⁵⁴ VERMEILLE (S.), BEZERT (A.), « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *D.*, 2013, p. 2045.

¹⁰⁵⁵ CERATI-GAUTHIER (A.), « L'exclusion de l'associé : une mesure à recommander », *RLDA*, mars 2019, n°146.

¹⁰⁵⁶ Le projet prévoyait en conséquence d'un vote négatif des assemblées en matière de modification du capital social, l'administrateur aurait compétence pour fixer le délai de réception des offres de reprise. Ce délai étant écoulé, l'administrateur pouvait ordonner la cession des parts ou actions, ou autres titre mobilier donnant accès au capital, au profit des créanciers ou de tiers qui se seraient engagés à exécuter le plan, ou alors d'opter pour la solution alternative de cession totale ou partielle de l'entreprise : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd. 2021-2022, n°531.621, p. 1570.

¹⁰⁵⁷ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques – Art. 238.

associé qui refuse une modification de capital prévue par le plan de redressement.

357. Certains estiment que le législateur n'a pas été assez loin, préservant encore trop l'actionnaire et son droit de propriété, ce dernier pouvant toujours s'opposer aux créanciers, salariés ou partenaires de l'entreprise, par un vote contraire à l'intérêt de la société. Comme le soulignent maître Dammann et le professeur Lucas : « *À titre de comparaison, la récente réforme du droit allemand prévoit la possibilité de vaincre la résistance des actionnaires à la condition unique et suffisante que le plan de restructuration, accepté par la majorité des classes des créanciers, leur réserve un sort meilleur que celui qui aurait été le leur à l'occasion d'une liquidation judiciaire, ce qui constitue une solution autrement audacieuse* »¹⁰⁵⁸. Le manque d'ambition du droit français dans ce domaine s'explique essentiellement par la puissance du droit de propriété. Le législateur ne peut y porter que des atteintes justifiées et mesurées¹⁰⁵⁹. Le dispositif de cession forcée des titres des associés reste ainsi strictement encadré¹⁰⁶⁰ (§I). En outre, le dispositif étant relativement nouveau, de nombreuses questions restent posées dans le cadre de son exécution (§II).

§I - L'encadrement excessif du dispositif de cession forcée des droits sociaux de l'associé

358. Le 2° de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce permet de neutraliser l'associé qui s'opposerait à une modification du capital. Il est pourtant regrettable que le législateur ait cantonné cette mesure à des conditions que l'on peut juger trop restrictives et qui limitent donc ses effets (A). On peut certes comprendre que, par l'atteinte qui est faite aux droits de l'associé, le risque de la censure du Conseil constitutionnel ait incité à la prudence. Pourtant, au regard d'autres décisions du Conseil constitutionnel sur des cessions de titres contrainte, le dispositif aurait pu être moins conditionné (B).

¹⁰⁵⁸ 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*, 1 octobre 2015, n°10, p. 521.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ Elle exclue par exemple de son application les entreprises en procédure de sauvegarde, seules les entreprises en procédure de redressement judiciaire peuvent être soumises au dispositif. De nombreuses autres conditions viennent durcir l'application du mécanisme, comme l'exigence d'un groupe de société ayant au moins 150 salariés : PODEUR (G.), « Loi Macron : La prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, 1 janvier 2015 n°1, p. 1.

A) Un dispositif limité dans son application par des conditions trop rigoureuses

359. La portée de l'article L. 631-19-2, 2° du Code de commerce est restreinte car limitée à des entreprises de taille et de capacité importantes. Le dispositif aurait mérité d'être appliqué à un plus grand nombre d'entreprises.

360. Le principe de cession forcée des titres des associés. Contrairement à l'ancien texte¹⁰⁶¹, l'article L. 631-19-2, 2° du Code de commerce a une vision plus large puisqu'il ne vise pas uniquement la reprise interne par augmentation de capital mais également par cession : « *En cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux* ». Depuis la loi Macron, la loi autorise la cession forcée des titres des associés refusant une augmentation du capital, si cela est une condition à la survie de l'entreprise¹⁰⁶². Seront concernés par ce dispositif, les seuls associés qui auront refusé une augmentation du capital et disposant de droits de vote leur permettant de bloquer cette augmentation¹⁰⁶³.

Si l'entreprise est louable, on peut regretter que ce dispositif ait été aussi encadré. Comme le souligne monsieur Teboul : « *la doctrine avait largement critiqué ce dispositif, compte tenu du fait notamment que l'expropriation forcée doit être accompagnée de garanties importantes, afin d'éviter une atteinte inacceptable au droit fondamental de propriété* »¹⁰⁶⁴. En ce sens, monsieur Couturier évoque un « *tigre de papier* »¹⁰⁶⁵.

361. L'application du dispositif aux seules sociétés en redressement judiciaire. L'application de ce dispositif est tout d'abord cantonnée à la procédure de redressement judiciaire. En procédure de sauvegarde, aucune mesure n'est prise à l'encontre du dirigeant pour ne pas décourager la mise en œuvre des procédures. Il n'y a donc pas de cession forcée de leurs droits sociaux ou de cession totale de l'entreprise dans ce cadre. À ce stade de la procédure, la réorganisation de la personne morale n'a donc pas d'influence sur le dirigeant ou sur les associés. La différence est donc notable entre la procédure de redressement judiciaire et la sauvegarde.

En procédure de redressement judiciaire, lorsqu'un projet de plan de continuation comportant

¹⁰⁶¹ Ancien C. Com. Art. L. 626-3.

¹⁰⁶² C. Com. Art. L. 631-19-2.

¹⁰⁶³ V. LUCAS (F.-X.), « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept 2015, n°5, p. 317.

¹⁰⁶⁴ TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5.

¹⁰⁶⁵ COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, *Morceaux choisis*, n°148, p. 26.

une reprise interne est envisagé, il faut envisager l'éviction des associés majoritaires. Dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire, la loi Macron a prévu la possibilité d'évincer les associés, le plan demeurant éventuellement conditionné à cette éviction¹⁰⁶⁶.

Les commentateurs du texte avaient émis l'idée d'introduire la cession forcée des droits sociaux en sauvegarde, mettant en péril son attractivité¹⁰⁶⁷. La cession forcée des droits sociaux dans le cadre d'une sauvegarde semble peu légitime, dans la mesure où l'entreprise n'est pas encore en cessation des paiements. C'est donc logiquement que le législateur a cantonné l'application de la cession forcée des droits sociaux des associés aux seules entreprises en procédure de redressement judiciaire. De plus, le tribunal a la possibilité d'utiliser la « *passerelle* » prévue par l'alinéa 3 de l'article L. 622-10 du Code de commerce¹⁰⁶⁸, qui lui permet de convertir la procédure de sauvegarde en procédure de redressement, si « *l'adoption du 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* ».

Le professeur Lucas pense que le déclenchement de ce dispositif ne devrait pas être la cessation des paiements, mais la consommation des capitaux propres¹⁰⁶⁹. L'auteur motive d'ailleurs cette position par un devoir pesant sur les associés de contribuer aux pertes. Si les capitaux propres ne sont pas entamés, il n'y aurait pas de raison d'imposer la cession des titres.

362. La cession forcée des droits sociaux réservée aux grandes entreprises. Les entreprises concernées doivent comporter au moins cent cinquante salariés ou constituer, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, une entreprise employant directement ou indirectement un effectif total de cent cinquante salariés au moins. La question de la pertinence de ce seuil est posée. Est-il légitime de différencier le sort réservé aux dirigeants d'entreprises importantes au motif du seul rayonnement économique de celles-ci ? On sait que le tissu économique est essentiellement composé d'entreprises dont l'effectif est largement inférieur à ces seuils¹⁰⁷⁰. Toutefois, monsieur Teboul pose la question de savoir si l'on peut vraiment parler

¹⁰⁶⁶ ROUSSEL GALLE, « Brèves observations sur la cession forcée d'actions d'une entreprise en redressement judiciaire », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 636, n°2.

¹⁰⁶⁷ TEBOUL (G.), « Revue de printemps du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 21 mai 2015 n°101, p. 9.

¹⁰⁶⁸ En ce sens : COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, Morceaux choisis, n°148, p. 26.

¹⁰⁶⁹ LUCAS (F.-X.), « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept 2015, n°5, p. 317. Cette solution est en lien avec la solution proposée pour la reconstitution des capitaux propres. Cf. *Supra*. n°130 et spécialement la note de bas de page n°445.

¹⁰⁷⁰ COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, Morceaux choisis, n°148, p. 26.

d'intérêt général du simple fait du franchissement de ces seuils¹⁰⁷¹ ? En effet, l'atteinte faite au droit de propriété de l'associé par la mesure de cession forcée des droits sociaux doit reposer sur la sauvegarde de l'intérêt général, ce que « *la notion de « trouble grave » ne paraît pas justifier d'une manière convaincante* »¹⁰⁷².

363. Une condition économique. Le législateur ajoute à ces conditions de tailles et de procédure, une condition économique. La disparition de l'entreprise doit entraîner un trouble grave pour l'économie régionale ou nationale ou celle du bassin d'emploi. Cette condition trop généralement formulée ne sera pas aisée à démontrer¹⁰⁷³.

364. L'application du dispositif comme solution supplétive à l'impossibilité d'un plan de cession. Le tribunal doit également, au préalable, s'assurer que la cession totale ou partielle n'est pas possible pour pouvoir appliquer le dispositif de cession forcée des titres¹⁰⁷⁴. Cette solution peut surprendre, voire paraître *saugrenue*¹⁰⁷⁵ au regard de l'application des dispositions sur les plans de cession. L'élaboration d'un plan de cession est en effet conditionnée selon l'article L. 631-22 du Code de commerce par l'impossibilité de proposer un plan susceptible de permettre le redressement de l'entreprise. Si l'on suit la logique de l'article L. 631-22 du Code de commerce, la présentation d'un plan de continuation viendrait donc automatiquement paralyser la possibilité d'ordonner un plan de cession, ce qui rendrait la mesure de cession forcée inapplicable. Le plan de redressement doit normalement prévaloir sur le plan de cession¹⁰⁷⁶, ce qui semble ainsi être l'inverse à la lecture de l'article L. 631-19-2, 2° du Code de commerce.

Le tribunal devra alors envisager la possibilité d'un plan de cession et examiner les différentes offres de cession. La formation du plan de cession et l'élaboration des offres ne devront pas cependant dépasser le délai de trois mois¹⁰⁷⁷, à défaut l'application du dispositif de cession forcée qui ne peut être prononcé que dans ce délai serait remise en cause. Le délai de trois mois après le jugement d'ouverture, requis pour la mise en œuvre de la cession forcée, prend tout

¹⁰⁷¹ TEBOUL (G.), « Revue de printemps du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 21 mai 2015 n°101, p. 9.

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ *Contra* : ROUSSEL GALLE, « Brèves observations sur la cession forcée d'actions d'une entreprise en redressement judiciaire », *Rev. Sociétés* 2015, p. 636, n°3.

¹⁰⁷⁴ LE CORRE (P.-M.), « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20 oct. 2015, n°293, p. 7, spéc. n°14.

¹⁰⁷⁵ COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, Morceaux choisis, n°148, p. 26.

¹⁰⁷⁶ V. en ce sens : BOURBOULOUX (H.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, 1 juill. 2016, n°4 ; ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°06, p. 432

¹⁰⁷⁷ COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, Morceaux choisis, n°148, p. 26.

son sens¹⁰⁷⁸.

Avant d'envisager la possibilité d'une cession forcée des titres, il faudra d'abord écarter la possibilité d'un plan de cession partielle ou totale de l'entreprise. De plus, il faut qu'un plan de continuation soit conçu ; la taille des entreprises visées par les conditions énoncées à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, met en jeu des comités dont le projet pourra être concurrent. Le délai imparti de trois mois risque d'être court pour élaborer, examiner et choisir entre les différents plans de continuation ou de cession. Ce choix déterminant pour le sort de l'entreprise, limité dans le temps, risque d'être infructueux et pourrait compromettre les chances de survie de l'entreprise. Néanmoins, ce délai de trois mois semble devoir être entendu comme un délai minimum.

365. La présence d'un comité de créanciers comme condition de la cession forcée des titres. La question est de savoir si l'article L. 631-19-2, 2° fait de la mise en place de ces comités une condition d'application de la mesure ? En effet, l'alinéa 3 de l'article L. 631-19-I précise que : « *le projet de plan voté par les comités prévus à l'article L. 626-30 et, s'il y a lieu, par l'assemblée prévue par l'article L. 626-32, est soumis aux assemblées mentionnées à l'article L. 626-3* ». Le dispositif serait donc conditionné à un vote des comités des créanciers et le cas échéant par l'assemblée unique des obligataires. La constitution des comités est imposée aux entreprises employant 150 salariés et réalisant 20 millions d'euros de chiffre d'affaires¹⁰⁷⁹. Le second critère n'est pourtant pas repris par l'article L. 631-19-2, 2° jetant sur la nécessité de la constitution de ce comité une incertitude juridique dommageable. Néanmoins, on peut présupposer que la constitution des comités des créanciers est une condition de l'application du dispositif, puisque l'article L. 631-19-2, 2° du Code de commerce renvoie au I de l'article L. 631-19 I du Code de commerce¹⁰⁸⁰.

366. L'éviction des associés ne sera donc applicable que dans un nombre de cas marginal. Certains pourraient regretter cette frilosité du législateur dans le contexte rude de l'entreprise en difficulté et face à des enjeux économiques et humains considérables. Cette

¹⁰⁷⁸ ROUSSEL GALLE (P.), « Brèves observations sur la cession forcée d'actions d'une entreprise en redressement judiciaire », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 636, n°4.

¹⁰⁷⁹ C. Com. Art. R. 626-52.

¹⁰⁸⁰ En ce sens, COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, Morceaux choisis, n°148, p. 26.

position timorée s'explique par le souci de la sauvegarde de nos principes constitutionnels¹⁰⁸¹ et économiques¹⁰⁸², qui protègent notamment les droits de l'associé.

B) Un dispositif limité du fait de l'atteinte faite au droit de l'associé

367. De nombreux auteurs considèrent que l'associé dispose d'un droit fondamental à demeurer dans la société. Le dispositif de cession forcée des titres va pourtant y contrevenir pour la protection de l'entreprise. Cette prévalence de l'intérêt de l'entreprise sur le droit de propriété de l'associé, n'a pas cours en droit des sociétés (1). En droit des entreprises en difficulté, la Conseil constitutionnel a jugé que l'intérêt de l'entreprise rendait possible et légitime, la cession forcée des droits sociaux de l'associé (2).

1 - La cession forcée des titres, vers une remise en cause du droit de demeurer associé

368. La jurisprudence s'avère hostile à la cession forcée des titres d'un associé, sauf disposition légale, ce qui permet de supposer que l'associé a un droit intangible à demeurer dans la société. Pourtant, par les intérêts que défend l'entreprise, une cession forcée des titres de l'associé pourrait être envisagée dans certaines situations.

369. Le droit de demeurer dans la société. Les dispositions ordonnant la cession forcée des titres d'un associé sont rares et ne peuvent être appliquées que de façon exceptionnelle. L'article L. 631-19-2 du Code de commerce fait partie de ces rares exceptions. Afin de sauver l'entreprise, il met en place la possible exclusion des associés qui mettent en péril la pérennité de l'entreprise. La même situation, de mise en danger de la société, peut être relevée dans plusieurs cas, pourtant le juge refuse d'ordonner la cession forcée des titres, consacrant presque à l'égard de l'associé un droit fondamental de faire partie de la société¹⁰⁸³. Ce principe d'intangibilité de la qualité d'associé est affirmé par plusieurs auteurs, qui considèrent qu'il s'agit d'une « *citadelle du droit des sociétés* »¹⁰⁸⁴. Le droit commun des sociétés

¹⁰⁸¹ ROUSSEL GALLE, « Brèves observations sur la cession forcée d'actions d'une entreprise en redressement judiciaire », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 636, n°4.

¹⁰⁸² COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des sociétés*, janv. 2017, Morceaux choisis, n°148, p. 26.

¹⁰⁸³ COURET (A.), « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *BJS*, juill. 2016, n°07-08, p. 433.

¹⁰⁸⁴ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, L.G.D.J., éd. 2019, n°1052, p. 737.

reste silencieux sur l'exclusion des associés. En effet, il n'y a pas de disposition générale sur l'éviction d'un associé. Parallèlement, aucun texte ne vient ériger en principe un droit de l'associé de demeurer dans la société¹⁰⁸⁵. Bien que le Doyen Rodière s'oppose à l'idée d'exclure un associé et affirme qu'il s'agit d'une « *monstruosité juridique* »¹⁰⁸⁶. De ce principe en découle pour l'associé, un droit de libre négociabilité, de cessibilité et de liquidité de ses titres¹⁰⁸⁷.

Cette liberté de cession peut également s'expliquer par l'intérêt social, car elle peut protéger la société en évitant qu'un concurrent n'entre dans son capital, suscitant des conflits entre les associés¹⁰⁸⁸. Certains auteurs ont manifesté leur crainte à ce sujet concernant le dispositif de cession forcée des titres¹⁰⁸⁹. Il pourrait entraîner la paralysie de la société et ainsi sa dissolution conformément à l'article 1844-7-5° du Code civil. Ainsi, de nombreux auteurs considèrent que l'associé dispose d'un droit fondamental de demeurer dans la société¹⁰⁹⁰.

Pourtant, de multiples exemples permettent de remettre en cause ce principe¹⁰⁹¹.

L'exclusion de l'associé peut tout d'abord être prévue légalement. Ainsi et à titre de sanction, l'associé peut être contraint de céder ses titres s'il ne libère pas l'apport souscrit¹⁰⁹².

Dans le cadre d'une société à capital variable, l'article L. 231-6 alinéa 1 du Code de commerce dispose tout d'abord que « *chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable à moins de conventions contraires et sauf application du premier alinéa de l'article L. 231-5* », mais également à l'alinéa 2 qu' « *il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société* ». L'associé peut donc être exclu par une décision de l'assemblée générale.

L'article R. 523-5 du Code rural¹⁰⁹³, prévoit également pour les sociétés coopératives, la

¹⁰⁸⁵ BERR (C.), *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey 1961, p. 222.

¹⁰⁸⁶ RODIERE, in *rev. Sociétés* 1974, p. 507 ; cité par : COURET (A.), « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *BJS*, juill. 2016, n°07-08, p. 433.

¹⁰⁸⁷ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. 2002, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), n°194, p. 99.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ Sur cette problématique : TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5.

¹⁰⁹⁰ MESTRE (J.), BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), VELARDOCCIO (D.), *Lamy Sociétés commerciales*, Lamy, 2001, p. 340, n°779 ; BUREAU (D.), « La mésentente entre associés, dissolution pour justes motifs et exclusion d'un associé », *Rev. Sociétés*, 3 juill. 1996, p. 557 ; GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, Droit commercial général et sociétés, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 6^{ème} éd. 1990, n°750, p. 777 ; STORCK (J.-P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, p. 242 ; *Contra*. DAVID (R.), *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, th. 1928, Paris, p. 243.

¹⁰⁹¹ V. MESTRE (J.), BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), VELARDOCCIO (D.), *Lamy Sociétés commerciales*, 2001, Lamy, n°768, p. 345.

¹⁰⁹² Cf. *Infra*. n°183.

¹⁰⁹³ V. L'article 18 loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, modifié par la loi du 13 juillet 1992 (Loi n°92-643 du 13 juill. 1992).

possibilité d'exclure un associé coopérateur.

On peut citer encore l'article L. 221-16 du Code de commerce qui prévoit l'exclusion d'un associé d'une société en nom collectif qui est frappé d'une interdiction d'exercer une profession commerciale ou d'une mesure d'incapacité.

Dans le cadre d'une société cotée, il sera également possible d'utiliser la technique du *squeeze out* énoncée à l'article L. 433-4 du Code de commerce, qui permet aux actionnaires d'une société cotée détenant au moins 95% du capital des droits de vote de cette société, d'imposer aux minoritaires le transfert de leurs actions¹⁰⁹⁴. L'exclusion des minoritaires se justifie par la cause de l'« *utilité publique* ». Cette expropriation pour cause d'utilité publique est à rapprocher de l'article 545 du Code civil¹⁰⁹⁵. La protection de l'économie serait la finalité de cet article¹⁰⁹⁶.

Lors d'une fusion ou d'une scission, les sociétés vont procéder à un échange des titres. À cet égard, l'article L. 228-6 du Code de commerce dispose que : « *les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé ou aux opérations d'un dépositaire central et qui ont effectué des opérations se traduisant soit par des échanges de titres, soit par l'attribution aux actionnaires de nouveaux titres de capital, peuvent vendre, sur simple décision du conseil d'administration, du directoire ou des gérants et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, les titres de capital qui n'ont pu être attribués individuellement et correspondant à des droits formant rompus* ». Certains associés peuvent donc être contraints à vendre leurs titres sur décision du conseil d'administration, du directoire ou des gérants si les titulaires de ces actions n'ont pas demandé la délivrance de leurs titres.

L'associé pourra aussi être exclu par une décision de l'assemblée générale, notamment lors d'une réduction du capital à zéro¹⁰⁹⁷.

370. La validité des clauses d'exclusion. Il arrive fréquemment que lors d'une mésentente entre associés, la société soit paralysée et que la seule solution soit la dissolution, en application de l'article 1844-7-5° du Code civil. D'autres alternatives peuvent pourtant être

¹⁰⁹⁴ DE NAYER (M.-C.), « Le retrait obligatoire », *BJB*, 1994, p. 91.

¹⁰⁹⁵ C. Civ. Art. 545 : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

¹⁰⁹⁶ *Contra* : SCHMIDT (D.), « Réflexion sur le retrait obligatoire », *RD banc. et fin.*, n°76, Nov.-Déc. 1999, p. 224.

¹⁰⁹⁷ Cf. *Infra*. n°839.

envisagées comme l'insertion dans les statuts d'une clause d'exclusion¹⁰⁹⁸, à condition que celle-ci serve à protéger l'intérêt social¹⁰⁹⁹. Ces clauses sont notamment admises dans les sociétés par actions simplifiée par l'article L. 227-16 du Code de commerce¹¹⁰⁰. L'origine de ce texte est justement la protection de l'intérêt social¹¹⁰¹. Elles permettent de faire prévaloir l'intérêt sociétaire sur les intérêts privés des associés¹¹⁰². L'utilité économique serait donc le fondement de ce texte¹¹⁰³.

Les sociétés par actions simplifiée peuvent donc librement insérer une clause d'exclusion dans les statuts. Leur validité semble automatiquement admise puisqu'il faut l'accord de tous les associés et donc leur consentement à une possible perte de la qualité d'associé¹¹⁰⁴. La validité de ces clauses a été à plusieurs reprises validée par la jurisprudence¹¹⁰⁵. La question paraît plus délicate lorsque cette clause est introduite en cours de vie sociale. Un auteur suppose que la seule majorité suffit pour introduire ce genre de clause dans les statuts¹¹⁰⁶, sauf les cas où cette décision constitue un abus de majorité. Si l'on se réfère à l'article L. 225-96 du Code de commerce : « *L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Toute clause contraire est réputée non écrite. Elle ne peut toutefois, augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué* ». La Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 9 février 1937 que « *la réglementation du droit de préemption*

¹⁰⁹⁸ Sur la validité des clauses d'exclusion par la jurisprudence : Cass. Com., 13 déc. 1994, *aff. Du Midi Libre*, n°93-11.569 et n°93-12.349, *JCP*, 1995, éd. E, I, 447, n°4, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *Bull. Joly*, 1995, p. 153, §39, note LE CANNU (P.) ; *RJDA*, 3/95, p. 200, note LE NABASQUE (H.) ; note THALLER (E.), sous. Cass. Civ., 30 mai 1892, *D.*, 1983, 1, p. 505 ; CA Paris, 18 nov. 1893, *D.*, 1894, 1, p. 10 ; CA Caen, 11 avr. 1927, *D.* 1928, 2, p. 65 ; Cass. Civ., 1935, 6 mars 1935, *Journal des sociétés*, 1936, p. 614 et s. ; Cass. Req., 16 nov. 1943, *Journal des sociétés*, 1944, p. 277 ; CA Rouen 8 févr. 1974, *Rev. Sociétés*, 1974, p. 507, spéc. p. 513, note RODIERE (R.) ; *RTD Com.* 1974, p. 291, note HOUIN (R.) ; *Rev. Banque* 1974, p. 674, note MARTIN (L.).

Par la doctrine : DARIOSECQ (S.), « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *BJS*, 1 sept. 1998, n°9, p. 908 ; DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA* du 24 juill. 1995, n°88, p. 7 et s. ; CAILLAUD (B.), *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, th. Bordeaux, Sirey, Paris, préface de DERRUPPE (J.), 1966 ; *Contra* : DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA* 24 juill. 1995, n°88, p. 7 ; VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris II, 1978, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), n°111, p. 109.

¹⁰⁹⁹ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°203, p. 103.

¹¹⁰⁰ GROUPE REVUE FIDUCIAIRE, *Le mémento de la SAS/SASU*, les guides RF, 10^{ème} éd. 2019, n°259, p. 159 et s.

¹¹⁰¹ DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juill. 1995, n°88, p. 7.

¹¹⁰² MESTRE (J.), « Réflexions sur le pouvoir des juges dans la vie des sociétés », *RJ Com.*, 1991, n°spécial, p. 149.

¹¹⁰³ CAILLAUD (B.), *L'exclusion d'un associé*, th. Bordeaux, Sirey, Paris, préface de DERRUPPE (J.), 1966, p. 243.

¹¹⁰⁴ SAUTONIE-LAGOINIE (L.), « Fin de l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion dans la SAS ? », *Gaz. Pal.*, n°23, 25 juin 2019, p. 45.

¹¹⁰⁵ CA Paris, 18 nov. 1893, *D.* 1894, 1, p. 10 ; CA Rennes, 12 juill. 1912, *Journal des sociétés*. 1913, p. 23, note BOSVIEUX ; Cass. Civ., 1935, 6 mars 1935, *Journal des sociétés* 1936, p. 614 ; Cass. Req. 16 nov. 1943, *Journal des sociétés*, 1944, p. 277 ; CA Rouen 8 févr. 1974, *Rev. Sociétés*, 1974, p. 507, spéc. p. 513, note RODIERE (R.).

¹¹⁰⁶ CAILLAUD (B.), *L'exclusion de l'associé*, th. Bordeaux, Sirey, Paris, préface de DERRUPPE (J.), 1966 p. 250.

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 »¹¹⁰⁷. Une décision de la majorité pourrait donc insérer une clause d'exclusion sans porter atteinte au principe d'intangibilité des engagements des associés.

L'exclusion peut également être autorisée pour protéger l'intérêt social, si cela est prévu par les statuts¹¹⁰⁸. Les motifs de l'exclusion doivent être suffisamment précis¹¹⁰⁹ et ne pas être abusifs¹¹¹⁰.

371. Le pouvoir des juges d'exclure un associé. La question se pose de savoir si les juges peuvent ordonner la cession des titres de l'associé dans le cadre d'une demande en dissolution¹¹¹¹ ? Les associés peuvent demander la dissolution anticipée de la société en cas de mésentente entre associés selon l'article 1844-7-5° du Code civil. Il conviendra de prouver l'existence d'un « *juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ». Les juges ont alors le pouvoir d'apprécier le juste motif. Cependant, l'article 1844-7-5° du Code civil ne prévoit que la dissolution, il ne peut donc servir de base légale à l'exclusion d'un associé.

Le droit de l'associé de demander la dissolution est d'ordre public selon un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 18 juillet 1995¹¹¹². De plus, la Cour de cassation dans une décision du 23 janvier 1950¹¹¹³, confirmée par un arrêt du 12 juin 1961¹¹¹⁴, a jugé que les statuts ne pouvaient pas faire interdiction au pouvoir judiciaire d'ordonner la dissolution de la société. L'auteur de la demande de dissolution doit toutefois être de bonne foi, ce qui prive l'associé responsable de la mésentente de ce droit¹¹¹⁵, en application de la règle « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »¹¹¹⁶.

La dissolution anticipée de la société pour mésentente se justifie par la violation du pacte social

¹¹⁰⁷ Cass. Civ., 9 févr. 1937, 1^e espèce, D. P. 1937, 1, p. 73, note BESSON (A.) : Cité par DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juill. 1995, n°88, p. 7.

¹¹⁰⁸ C. Com. Art. L. 231-6.

¹¹⁰⁹ DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juill. 1995, n°88, p. 7.

¹¹¹⁰ CA Versailles 2 mai 1989, *Bull. Joly*, 1989, 222, p. 215, obs. SEXER (Y.) ; CA Orléans, 26 sept. 1989, *Rev. Sociétés*, 1990, p. 644.

¹¹¹¹ LEPARGNEUR (J.), « L'exclusion d'un associé », *Journal des sociétés*, 1928, p. 274.

¹¹¹² Cass. Civ., 18 juill. 1995, n°93-19.449, *Bull. Joly*, 1995, p. 981, note SAINTTOURENS (B.) ; *Deffrénois*, 1996, p. 539, note FORGEARD ; *Dr. Sociétés*, 1995, n°210, note BONNEAU (I.).

¹¹¹³ Cass. Com., 23 janv. 1950, *D.*, 1950, p. 300 ; *JCP éd. Cl.*, 1950, II, n°5355, note LESCOT (P.)

¹¹¹⁴ Cass. Com., 12 juin 1961, *Bull. Civ.*, III, n°265 ; *D.*, 1961, jurispr., p. 661 ; *Gaz. Pal.*, 1961, II, 176 ; *D.*, 1961, p. 661.

¹¹¹⁵ CA Paris, 7 oct. 1986, *JCP éd. E.*, 1987, II, 16122, n°15, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.).

¹¹¹⁶ DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juill. 1995, n°88, p. 7.

et de l'*affectio societatis*, qui est un des éléments déterminant du contrat de société¹¹¹⁷. Elle s'explique aussi par le droit des contrats et par l'inexécution du contrat de société. L'article 1844-7-5° mentionne le non-respect des engagements d'un associé comme justification possible à la dissolution.

Un arrêt du 12 mars 1996 a précisé que le juge ne peut contraindre un associé qui demande la dissolution de la société, au motif d'une mésentente entre associés¹¹¹⁸, à céder ses titres¹¹¹⁹. En l'espèce, les deux associés de la société avaient proposé de racheter les titres de l'associé demandeur de la dissolution de la société. La Cour a rejeté le pourvoi, sur un premier motif qui est l'absence de preuve que la mésentente était dû au fait de l'associé demandeur et dans un second motif car aucune disposition légale ne donnait pouvoir au juge de contraindre l'associé à céder ses titres. L'arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1996¹¹²⁰ consacre ainsi le principe d'interdiction de l'exclusion d'un associé et le droit fondamental de celui-ci à demeurer dans la société. Cet arrêt est révélateur de la réticence des juges à ordonner une exclusion judiciaire des associés¹¹²¹.

Cette jurisprudence marque un tournant, car jusqu'alors les juridictions du fond admettaient la possibilité d'obliger l'associé à céder ses titres¹¹²². Une des juridictions du fond ayant jugé « *qu'il est préférable, l'affectio societatis ayant disparu, d'imposer (au demandeur) d'accepter l'offre de rachat de ses parts sociales par (le défendeur) plutôt que de prononcer la dissolution de la société car on ne peut permettre, bien que mécontent que (le demandeur) profite de cette situation pour obtenir la liquidation de l'entreprise sociale au mépris de l'intérêt propre de celle-ci et des intérêts de son associé, que cette notion de prospérité et de rentabilité s'impose même aux sociétés de personnes* »¹¹²³. C'est la prise en compte prioritaire de l'entreprise sur l'intérêt d'un associé qui avait prévalu dans l'esprit des juges du fond¹¹²⁴. Malgré l'absence de disposition statutaire ou légale, la cour d'appel de Reims avait motivé l'exclusion de l'associé

¹¹¹⁷ AITALI (M.), *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse 1, 2010, n°29, p. 64.

¹¹¹⁸ C. Civ. Art. 1844-7, 5° ; V. sur le sujet : MATSOPOULOU (H.), « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. Sociétés*, 1998, p. 21.

¹¹¹⁹ Cass. Com., 12 mars 1996, n°93-17.813, *Juris Data* n°1996-000817, p. 584, §207, *BJS*, juill. 1996, n°JBS-1996-204, p. 576, note DAIGRE (J.-J.) ; *Bull. Civ.*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E*, 1996, I, 426, note BONNEAU (T.) et II, 831, note PACLOT (Y.) ; *Rev. Sociétés*, 1996, p. 554, note BUREAU (D.) ; *D.*, 1997, jurispr., p. 133, note LANGLES ; *RTD Civ.*, p. 152-897, 1994.

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ AITALI (M.), *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse, 2010, n°6, p. 19. La solution de cet arrêt a notamment été repris par la CA de Toulouse dans un arrêt du 10 juin 1999 : CA Toulouse 10 juin 1999, n°042.702.

¹¹²² TC. Seine, 3 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 1893, I, p. 72 ; CA Caen, 11 avr. 1927, *D.*, 1928, II, p. 65, note LEPARGNEUR ; TC. Versailles, 18 janv. 1967, *RTD Com.*, 1967, p. 795, obs. CHAMPAUD (C.) ; T. Com. Poitiers, 30 juin 1975, *RTD Com.*, 1976, p. 373, obs. CHAMPAUD (C.).

¹¹²³ T. Com. Poitiers, 30 juin 1975, *RTD Com.*, 1976, p. 373, obs. CHAMPAUD (C.).

¹¹²⁴ Une autre jurisprudence avait ainsi motivé l'obligation de l'associé de céder ses titres sur le motif de la protection des intérêts de l'entreprise : CA Paris 21 oct. 1976, *Edi-Data*, 76-30603, *aff. Pavec c/ Tersou*.

demandeur d'une dissolution pour cause de mésentente sur le fondement de l'intérêt social¹¹²⁵. Ces différents jugements et arrêts marquent la volonté de la jurisprudence ancienne d'affirmer que l'associé n'a pas un droit intangible à demeurer dans la société. Cette affirmation constante des juges avait d'ailleurs été confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1992¹¹²⁶. Ce courant jurisprudentiel fut critiqué notamment à cause de l'atteinte que porte cette exclusion de l'associé à son droit de propriété¹¹²⁷, exposé à l'article 544 du Code civil, mais également en l'absence de texte permettant l'action de cession forcée des titres de l'associé demandeur. La cour d'appel de Versailles a jugé que « *si la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'activité et de l'emploi ont été les deux premiers objectifs du législateur en 1985 dans le cadre de la réforme des procédures collectives, il s'agit en l'espèce de prononcer la dissolution judiciaire anticipée d'une société pour mésentente entre les associés paralysant son fonctionnement, situation différente et expressément visée par l'article 1844-7-5° du Code civil* »¹¹²⁸. En parallèle, la Cour de cassation s'était positionnée de façon générale contre une cession judiciaire des titres d'un associé¹¹²⁹. Depuis, une jurisprudence constante tend à interdire cette cession forcée des titres pour cause de mésentente¹¹³⁰.

Une partie de la doctrine s'est essayée à trouver un fondement à cette décision qui fonde l'existence d'un droit fondamental de l'associé à ne pas être exclu de la société. Certains d'entre eux évoquent la nature de la société, vue comme un contrat, pour justifier ce droit de ne pas être exclu¹¹³¹. Si l'on se réfère à la nature contractuelle de la société, il convient d'appliquer l'article 1193 du Code civil qui dispose que « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ». La société ne peut donc unilatéralement mettre fin à son contrat avec l'associé. Seul le consentement unanime de toutes les parties au contrat de société peut engendrer la rupture du lien contractuel. Les associés ne peuvent donc unilatéralement imposer à un associé de céder ses titres¹¹³².

¹¹²⁵ CA Reims, 24 avr. 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, somm., p. 431, note FONTBRESSIN ; *LPA*, 31 mai 1991, no 65, p. 26, note MAJEROWICZ (S.) ; *JCP éd. E*, 1990, II, no 15677, note VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Manuel, 32^{ème} éd. 2019, LexisNexis, n°715, p. 305.

¹¹²⁶ Cass. Civ. Arrêt no 279, *aff. Consorts Raynaud c/ SARL Ambulances réunies*, rapporté par de BERMOND DE VAULX, « À propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis », *Dr. Sociétés*, avr. 1993, p. 1.

¹¹²⁷ CA Versailles, 19 janv. 1989, *BJS*, 1989, p. 327, §109, note LE CANNU (P.).

¹¹²⁸ CA Versailles, 17 oct. 1991, *BJS*, 1992, p. 283, §283, note COURET (A.).

¹¹²⁹ Cass. Com. 13 déc. 1994, *aff. Du Midi Libre*, *BJS*, 1995, p. 152, §38, note LE CANNU (P.) ; *JCP éd. E*, II, no 705, note PACLOT.

¹¹³⁰ Cass. Com., 12 mars 1996, n°93-17.813, *Juris Data* n°1996-000817, p. 584, §207, *BJS* juill. 1996, n°JBS-1996-204, p. 576, note DAIGRE (J.-J.) ; *Bull. Civ.*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E* 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E* 1996, I, 426, note BONNEAU (T.) et II, 831, note PACLOT (Y.) ; *Rev. Sociétés*, 1996, p. 554, note BUREAU (D.) ; *D.*, 1997, jurispr., p. 133, note Langlès ; *RTD Civ*, p. 152-897, 1994. ; CA Versailles, 17 octobre 1991, *BJS* 1992, p. 283, §83, note COURET (A.) ; CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984 : *D.*, 1985, jur., p. 373.

¹¹³¹ GUYON (Y.), *Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°49, p. 87.

¹¹³² PRAT (S.), *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992, n°317.

Le principe d'*affectio societatis* a pu également appuyer les fondements d'un droit de demeurer dans la société¹¹³³. Ce principe induit un devoir de collaboration et d'égalité entre les actionnaires. Il n'y a pas de lien de subordination entre les actionnaires, il paraît donc inconcevable que la majorité ordonne la cession forcée des titres d'un associé.

D'autres auteurs se sont rangés derrière la théorie des droits propres de l'associé, dont ce droit de demeurer dans la société ferait partie intégrante¹¹³⁴. Cette théorie des droits propres de l'associé suppose que l'actionnaire dispose de droits, qui ne peuvent être remis en question par la souveraineté de l'assemblée. Les droits de l'associé et le droit de ne pas être exclu résisteraient ainsi au pouvoir de décision des autres actionnaires¹¹³⁵. Bien qu'il soit admis que l'assemblée générale extraordinaire ait le pouvoir de modifier le pacte social, elle reste impuissante face à certains droits, dits « *droits propres de l'associé* », qui sont inviolables¹¹³⁶. L'assemblée est donc dans l'incapacité de prononcer l'exclusion de l'un des associés.

Si certains auteurs se réjouissent de ce courant jurisprudentiel, d'autres s'y opposent fermement. On rejoindra ces derniers, dès lors que comme l'explique parfaitement le professeur Daigre, ce courant se fonde sur une « *conception désincarnée de la société, détachée de la réalité à laquelle elle donne une forme juridique* »¹¹³⁷ et fait abstraction de l'intérêt de l'entreprise¹¹³⁸.

Les auteurs opposés à l'exclusion de l'associé avancent comme argument qu'il n'est pas permis au juge d'aller contre le droit de propriété de l'associé constitutionnellement défendu¹¹³⁹, conformément à l'article 545 du Code civil qui dispose que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». L'exclusion de l'associé est alors perçue non pas comme une cause d'utilité publique, mais comme une cause d'utilité privée¹¹⁴⁰. De plus, aucun texte ne prévoit une possible cession des titres de l'associé¹¹⁴¹, celui-ci ayant par principe un droit intangible à demeurer dans la société¹¹⁴².

¹¹³³ STORCK (J.-P.), « La continuation de la société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, p. 244.

¹¹³⁴ HEMARD (J.), TERRE (F.), MALIBAT (P.), *Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 1974, p. 312.

¹¹³⁵ DU GARREAU DE LA MECHENIE (J.), *Les droits propres de l'actionnaire*, th. Poitiers, 1937, p. 36.

¹¹³⁶ LECHNER (H.), *Des droits propres des actionnaires*, th. Nancy, 1932, p. 178.

¹¹³⁷ Cass. Com., 12 mars 1996, n°93-17.813, *Juris Data* n°1996-000817, p. 584, §207, *BJS*, juill. 1996, n°JBS-1996-204, p. 576, note DAIGRE (J.-J.) ; *Bull. Civ.*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E*, 1996, I, 426, note BONNEAU (T.) et II, 831, note PACLOT (Y.) ; *Rev. Sociétés*, 1996, p. 554, note BUREAU (D.) ; *D.*, 1997, jurispr., p. 133, note LANGLES ; *RTD Civ.*, p. 152-897, 1994. ; *CA Versailles*, 17 octobre 1991, *BJS*, 1992, p. 283, §83, note COURET (A.).

¹¹³⁸ MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », *RJ com.*, n° spécial, nov. 1990, p. 97 ; STORCK (J.-P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, p. 233.

¹¹³⁹ Le droit de propriété a une valeur constitutionnelle depuis une décision du Conseil constitutionnel (Cons. Const., 16 janv. 1982, *D.*, 1983, p. 169, note HAMON (L.)).

¹¹⁴⁰ GUYON (Y.), *Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°49, p. 87.

¹¹⁴¹ Sauf l'article L. 231-6 du Code de commerce pour les sociétés à capital variable.

¹¹⁴² DARIOSECQ (S.), « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *BJS*, 1 sept. 1998, n°9, p. 908 ; AITALI (M.), *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse 1, 2010 n°6, p. 19.

Néanmoins, il est possible de démontrer que ni le droit de propriété, ni le droit de demeurer dans la société ne sont des droits absolus.

Ne pas permettre au juge de privilégier le sauvetage de la société sur l'intérêt des associés, semble inapproprié et choquant. Les juges devraient faire primer l'intérêt social¹¹⁴³ sur les intérêts personnels des associés. Monsieur Bureau a pu avancer qu'exclure certains associés plutôt que d'autres, revient également à faire valoir les intérêts égoïstes des associés restants¹¹⁴⁴. Selon le professeur Storck, seul l'associé demandeur de la dissolution devrait être exclu, car il est le seul à vouloir quitter la société, sa demande devant être comprise comme une volonté unilatérale de se retirer de l'entreprise sociétaire¹¹⁴⁵. On peut considérer que cette vision restrictive ne paraît pas devoir être généralisée.

Cette conception n'est également pas en cohérence avec les dispositions du droit des sociétés qui recherchent une solution alternative à la nullité de la société. Un parallèle peut être établi avec l'article 1844-12 alinéa 2 du Code civil dispose que : « *La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux* ». De même que l'action en nullité de la société pour vice du consentement, l'article L. 235-6 du Code de commerce reprend la même formulation que l'article L. 1844-12 du Code civil. Le deuxième alinéa de l'article explique comment il doit être procédé au rachat des actions d'un des associés. En ce sens, le retrait d'un associé peut être une alternative à la demande de nullité de la société¹¹⁴⁶. Dans le cadre d'une demande en nullité de la société, l'associé peut donc être exclu afin de protéger l'intérêt social. Néanmoins, la jurisprudence a refusé toute extension de l'article 1844-12 du Code civil¹¹⁴⁷, car l'action en dissolution pour juste motif ne peut être assimilée à une action en déclaration de nullité fondée sur la disparition d'un des éléments constitutifs de la société, en l'occurrence la perte de l'affectio societatis¹¹⁴⁸. La dissolution et l'annulation du contrat de société sont deux mesures bien distinctes¹¹⁴⁹.

Dans le même sens, il convient d'écarter la solution de l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers du

¹¹⁴³ Pris dans le sens de l'intérêt de l'entreprise. Cf. *Infra*. n°469.

¹¹⁴⁴ Note BUREAU (D.), sous Cass. Com., 12 mars 1996, *Rev. Sociétés*, 1996, p. 554.

¹¹⁴⁵ STORCK (J.-P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, p. 233.

¹¹⁴⁶ AITALI (M.), *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse, 2010, n°32, p. 69.

¹¹⁴⁷ DARIOSECQ (S.), « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *BJS*, 1 sept. 1998, n°9, p. 908 ; MESTRE (J.), note sous CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D.*, 1985, p. 373 ; *Contra* : Un auteur a souhaité fonder l'exclusion de l'associé sur ce texte : CHAMPAUD (C.), *Chronique*, RTD Com., 1976, p. 375.

¹¹⁴⁸ *Contra* : CHAMPAUD (C.), *Chronique*, RTD Com., 1976, p. 375.

¹¹⁴⁹ Note MESTRE (J.) sous CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D.*, 1985, p. 373

25 mars 1992¹¹⁵⁰, qui a retenu l'exclusion de l'associé pour défaut d'affectio societatis sur le fondement de l'article L. 235-6 du Code de commerce¹¹⁵¹. Selon cet arrêt, seul l'associé qui demandait la dissolution n'avait plus la volonté de collaborer, il était donc le seul à pouvoir être exclu de la société. Bien que l'arrêt ne se fonde sur aucune base légale pour prononcer l'exclusion de l'associé, on pourrait avancer l'article L. 235-6 du Code de commerce pour fonder cette position. Ce texte offre en effet au juge la possibilité de prononcer la nullité de la société ou de prononcer le rachat des droits sociaux de l'associé. Selon un auteur, l'application de ce texte se heurte cependant à deux obstacles¹¹⁵². Tout d'abord, selon l'article L. 235-6 du Code de commerce, le rachat forcé des titres doit être « *préalablement adopté par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires* », soit un vote des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. De plus, dans le cadre d'une demande de dissolution, le texte semble inapplicable car réservé au seul cadre de la nullité de la société, laquelle ne peut être consécutive à un vice du consentement. La perte de l'affectio societatis ne peut être analysée comme un vice de consentement. L'apport de cet arrêt doit donc être relativisé.

La possibilité d'exclure par l'intermédiaire d'une décision de justice l'associé qui met en danger la société pour des motifs d'intérêt personnel semble pourtant justifiée. Peu importe que l'associé ait commis une faute ou non, c'est la finalité du sauvetage de l'entreprise sociétaire qui doit prévaloir¹¹⁵³.

C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 7 juillet 2004, bien que non publié, les juges ont admis l'exclusion de l'associé demandeur en réponse à une demande de dissolution de la société pour mésentente¹¹⁵⁴. La chambre commerciale de la Cour de cassation a dans cet arrêt admis l'exclusion d'un des associés afin de permettre la poursuite de la société.

372. La cession forcée des titres d'un associé conditionnée par la protection de l'intérêt social. Il est donc démontré que, malgré la présence de plusieurs jurisprudences en faveur de la reconnaissance d'un droit à demeurer associé, plusieurs textes et d'autres

¹¹⁵⁰ CA Poitiers, 25 mars 1992, *Dr. Sociétés*, 1993, Chr. 4, BERMOND DE VAULX (J.-M.).

¹¹⁵¹ C. Com. Art. 235-6, al. 2 : « *En cas de nullité d'une société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant intérêt peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. Cette mise en demeure est dénoncée à la société* ».

¹¹⁵² DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juill. 1995, n°88, p. 7.

¹¹⁵³ BERMOND DE VAULX (J.-M.), « La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société », *JCP éd. E*, 29 nov. 1990, n°48.

¹¹⁵⁴ Cass. Com. 7 juill. 2004 : n°03-10.769.

jurisprudences le remettent en cause¹¹⁵⁵, animé par l'intérêt social ou l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce qui prévoit une cession forcée des titres de l'associé dans le cadre d'un redressement judiciaire, ne semble pas être en contradiction avec les dispositions et la logique du droit des sociétés. La nature institutionnelle de la société paraît justifier cette exclusion.

373. Le droit de demeurer associé de la société semble ainsi faire partie des principes du droit des sociétés. Le contexte du droit des procédures collectives et les nécessités du sauvetage de l'entreprise justifient cependant des atténuations à ce principe et doivent rendre possible l'exclusion de l'associé réfractaire aux mesures permettant d'atteindre ces objectifs du droit des procédures collectives.

2 - La cession forcée des droits sociaux justifiée par le sauvetage de l'entreprise et validée par le Conseil constitutionnel

374. Le dispositif de cession forcée des titres de l'associé porte atteinte à plusieurs droits fondamentaux de l'associé. Pour autant, la nécessité de cette mesure et les conditions qui l'entourent permettent de justifier son application et sa constitutionnalité.

375. La validation du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a dû se prononcer et a finalement validé le dispositif de cession forcée des droits sociaux de l'associé comme conforme aux droits fondamentaux, estimant que cette loi est prise dans un but d'intérêt général¹¹⁵⁶. On peut penser que le Conseil constitutionnel a souhaité ce dispositif pour préserver les droits des créanciers et plus largement un certain ordre public économique¹¹⁵⁷. Autrement dit, l'intérêt de l'entreprise, des créanciers et des salariés, doit l'emporter sur la sauvegarde des intérêts des associés. Ce dispositif « *se justifie par la volonté de sauver une entreprise porteuse d'emplois et trouve des équivalents dans certaines législations étrangères : Allemagne et Royaume-Uni par exemple* »¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁵ Sur la remise en cause du droit de demeurer dans la société : MARTIN (D.), « L'exclusion de l'associé », *RJ Com.*, n°spécial, nov., p. 97.

¹¹⁵⁶ 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*, 1 octobre 2015 n°10, p. 521 ; V. également : MONSERIE-BON (M.-H.), « L'article L. 631-19-1 du Code de commerce : un passage réussi au tamis de la QPC », *Act. Proc. Coll.*, 2015, repère 278.

¹¹⁵⁷ De même : « *Le législateur a entendu encourager la poursuite d'activité des entreprises* » : Cons. Const. 5 août 2015, n°2015-715 DC, D. 2015, p. 1693.

¹¹⁵⁸ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1195, p. 792.

On peut cependant regretter le manque de démonstration juridique. La justification de la mesure par le Conseil constitutionnel semble plus reposer sur une affirmation gouvernée par la finalité du droit des entreprises en difficulté, que par une réelle position juridique¹¹⁵⁹. Le professeur Lucas, pour sa part, justifie cette éviction judiciaire de l'associé par un devoir de contribution aux pertes à la charge de l'associé.

376. Comparaison des garanties de constitutionnalité avec l'article L. 631-19-1 du Code de commerce. Alors que le conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité des deux articles L. 631-19-1¹¹⁶⁰ et L. 631-19-2, 2° du Code de commerce, on observe que l'encadrement du premier est sensiblement moins important que celui du second.

Il peut en effet apparaître légitime de protéger davantage l'associé non dirigeant que l'associé dirigeant, dès lors que la qualité de dirigeant accroît la capacité de nuisance pour la réalisation du plan. Toutefois, les protections instituées par le législateur en faveur de l'associé non dirigeant paraissent luxueuses.

Ce d'autant que le Conseil constitutionnel a précisé dans des affaires sur l'auto-saisine du juge¹¹⁶¹, « *qu'éviter l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise* » concourrait à un but d'intérêt général. Institué garant de cet intérêt général de sauvegarde de l'entreprise, le législateur pourra avancer vers la reconnaissance de plus de devoirs à la charge de l'associé. Les conditions posées par l'article L. 631-19-2 du Code de commerce pourraient être assouplies et le dispositif étendu.

377. L'atteinte aux droits fondamentaux. Le dispositif de cession forcée porte atteinte au droit de propriété consacré par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹¹⁶². Cette mesure doit donc être cantonnée et sa mise en œuvre doit donner lieu à une juste indemnité allouée au cessionnaire¹¹⁶³. La cour d'appel de Paris a en

¹¹⁵⁹ COUTURIER (G.), « L'éviction de l'associé d'une entreprise en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », Journal des sociétés, janv. 2017, Morceaux choisis, n°148, p. 26.

¹¹⁶⁰ Cet article vient d'être déclaré conforme à la constitution, car « *le législateur a entendu, en les adoptant « permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise* » ». La justification de l'atteinte faite à la propriété du dirigeant se justifie par la poursuite de l'activité de l'entreprise, la protection de l'intérêt général et d'un certain ordre public économique : Cons. Const., 7 oct. 2015, n°2015-486 QPC, cons. 8, *BJE*, 1 nov. 2015, n°6, note FAVARIO (T.) ; V. également : Cons. Const. 7. Oct. 2015, n°2015-486, QPC, *JCP éd. G*, 2015, 1390, note BRIGNON (B.) ; Act. Proc. Coll., 2015, repère 278, MONSERIE-BON (M.-H.) ; *JCP éd. E*, 2015, 1562, note CERATI-GAUTHIER (A.).

¹¹⁶¹ Cons. Const. N°2012-286 QPC, 7. Déc. 2012, sté Pyrénées services et a., Rec. 642 ; Cons. Const. 2013-352 QPC, 15 nov. 2013, sté Mara Télécom et autre, Rec. 1036 ; Cons. Const., n°2013-368 QPC, 7 mars 2014, Sté Nouvelle d'exploitation Stbrau hôtel ; Cons. Const., n°2013-372 QPC, 7 mars 2014, M Marc V. Pour un commentaire de ces arrêts : V. GICQUEL (J.-E.), ROUSSILLE (M.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2015, n°03, p. 32.

¹¹⁶² « *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* ».

¹¹⁶³ GICQUEL (J.-E.), ROUSSILLE (M.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2015 n°3, p.32.

effet rappelé ce droit de l'associé évincé d'être indemnisé de son exclusion¹¹⁶⁴. L'absence d'une compensation exigerait en mesure illégitime d'expropriation spoliatrice de l'associé¹¹⁶⁵.

La cession forcée n'est possible que dans la perspective d'un possible redressement judiciaire comme le précise l'article L. 631-19-2, 2° du Code de commerce¹¹⁶⁶. Le dispositif est ici encadré s'appliquant à des entreprises employant directement plus de cent cinquante salariés, ou occupant une position de domination d'une ou de plusieurs autres entreprises dont l'effectif total est d'au moins cinquante salariés, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail. Cette mesure ne trouvera donc à s'appliquer que dans un petit nombre de situation mais permettra la préservation d'un grand nombre d'emplois¹¹⁶⁷. Le versement d'une juste indemnité à l'associé évincé, ne justifie pas l'atteinte faite au droit de propriété, dès lors que l'associé concerné a perdu le droit à la libre négociabilité et cessibilité de ses titres. Seule l'utilité publique, résultant de la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté d'un certain volume, justifie cette atteinte¹¹⁶⁸.

378. Le législateur a encadré strictement le dispositif de cession forcée des titres pour se conformer aux exigences économiques et constitutionnelles. Néanmoins, cet excès de prudence risque d'atténuer l'efficacité du dispositif. De même, le manque de précision, concernant les modalités de la mesure de cession forcée des droits sociaux, accentue le risque d'insécurité juridique.

§II - L'exécution délicate du dispositif de cession forcée des droits sociaux de l'associé

379. Plusieurs imprécisions pourraient entamer l'efficacité du dispositif de cession forcée des titres, prévue à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce (A). Par ailleurs,

¹¹⁶⁴ CA Paris, 7 juin, *Rev. Sociétés*, 1989, p. 246, note DANA-DEMARET (S.).

¹¹⁶⁵ V. Note REINHARD (Y.) sous CA Paris 7 juin, *Rev. Sociétés*, 1989, p. 246.

¹¹⁶⁶ Cass. Com., 12 juill. 2005, n°03-14.045, *Bull. civ.*, IV, n°174 ; D. 2005 AJ 2071, obs. LIENHARD ; Act. Proc. Coll. 2005, n°193, obs. REGNAULT-MOUTIER ; *Gaz. Pal.*, 5 nov. 2005, p. 28, obs. VOINOT ; *BJS*, 2006, p. 22, note LAFORTUNE et note SAINTOURENS ; *Rev. Proc. Coll.*, 2006, p. 52, obs. LEBEL (C.) ; *Rev. Sociétés*, 2006, p.162, note LUCAS (F.-X.).

¹¹⁶⁷ CERATI-GAUTHIER (A.), « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droit des associés et actionnaires de la société débitrice », *BJE*, 1 mars 2015, n°2, p. 129.

¹¹⁶⁸ LUCAS (F.-X.), « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept 2015, n°5, p. 317.

l'agrément légal, mais également le maintien des clauses de préférence ou de préemption s'opposent à la finalité de la mesure qui semble favoriser une reprise interne (B).

A) Les imprécisions du dispositif de cession forcée des droits sociaux

380. Le dispositif de la cession imposée des titres par l'autorité judiciaire renverse l'équilibre des forces au sein de la société en procédure collective. Cependant, de nombreuses questions restent sans réponse au stade de l'application.

381. La mise en œuvre du dispositif. Si l'entreprise remplit toutes les conditions mentionnées à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, le dispositif pourra être mis en œuvre à la demande du ministère public¹¹⁶⁹. Consécutivement au refus de l'assemblée de voter la modification du capital nécessaire au redressement de l'entreprise et à la sauvegarde de l'économie, le tribunal disposera de deux possibilités. Il pourra soit désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de voter à la place des associés refusant l'augmentation du capital¹¹⁷⁰, soit ordonner au profit de personnes favorables au plan, la cession forcée des titres des associés hostiles à ce plan¹¹⁷¹.

382. Les conséquences de l'utilisation du droit de retrait de l'associé. Pour préserver l'*affectio societatis*, les associés non exclus pourront, s'ils le souhaitent, se retirer de la société pour ne pas cohabiter avec les nouveaux entrants¹¹⁷². L'exercice du droit de retrait obligerait les personnes s'engageant à exécuter le plan à racheter les titres de ces associés retrayants volontaires¹¹⁷³. Les associés dont le droit de vote est bloqué et dont les titres sociaux ont perdu de la valeur, ne peuvent être contraints à rester prisonniers de cette société. Les associés pourront « faire valoir leur volonté de se retirer de la société » dans un délai d'un an. Cette option est aussi à la portée des associés ou actionnaires expropriés sur une partie seulement de leurs parts, titres ou valeurs mobilières¹¹⁷⁴.

On peut également se demander ce qu'il va advenir des titres de l'associé retrayant. Il dispose

¹¹⁶⁹ Cass. Com., 22 mai 2013, F-P+ B, n°12-15.305, note ROUSSEL-GALLE (P.).

¹¹⁷⁰ C. Com. Art. L. 631-19-2, 1°.

¹¹⁷¹ C. Com. Art. L. 631-19-2, 2°.

¹¹⁷² V. en ce sens : BOURBOULOUX (H.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, 1 juill. 2016, n°4.

¹¹⁷³ ROUSSEL GALLE, « Brèves observations sur la cession forcée d'actions d'une entreprise en redressement judiciaire », *Rev. Sociétés* 2015, p. 636, n°7.

¹¹⁷⁴ TEBOUL (G.), « Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2015 n°71, p. 4.

en effet d'un droit de retrait ou du rachat de leurs actions par le repreneur¹¹⁷⁵. L'hypothèse du rachat par la société semble peu pertinente, car le capital devrait alors être réduit du montant des titres rachetés¹¹⁷⁶. L'hypothèse d'un rachat des titres de tous les retrayants par le repreneur ne semble pas non plus opportune, même si cette option reste possible¹¹⁷⁷, conduisant à une solution proche de celle instituée par les clauses dites de « *sortie conjointe* » ou « *drag along* ». L'associé pourrait sortir de la société en même temps que l'associé majoritaire, pour ne pas être contraint à cohabiter avec la nouvelle majorité, le professeur Le Corre parle d'un « *zeste d'affectio societatis* »¹¹⁷⁸.

383. La cession forcée d'une partie des titres. L'article L. 631-19-2, 2° précise que la cession peut concerner « *tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires* ». Le tribunal n'est donc pas obligé d'organiser la cession de tous les titres de l'associé ou actionnaire, mais peut limiter cette cession contrainte à la fraction des titres qui permettront au repreneur de prendre le contrôle de la société. Le tribunal dispose ainsi de la latitude suffisante pour adapter la solution aux moyens du repreneur et à la mesure du contrôle de la société reprise.

La question se pose alors de savoir si les associés exclus pourraient utiliser le droit de retrait au même titre que les associés non exclus. La réponse est négative, le texte précisant spécifiquement que seuls les associés non exclus pourront bénéficier d'un droit de retrait¹¹⁷⁹. Le tribunal doit être en mesure de forcer la cession d'une majorité des droits de vote détenue par un associé ou une minorité de blocage¹¹⁸⁰.

384. Le prix de la cession. Les actionnaires dépossédés de leurs titres ont droit à une juste indemnité compensatrice du préjudice qu'ils ont subi du fait de l'atteinte faite à leur droit de propriété. En cas de désaccord sur le prix de la cession, le tribunal désignera un expert chargé d'évaluer à une date proche de la cession, sur demande de la partie la plus diligente de

¹¹⁷⁵ 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*, 1 octobre 2015 n°10, p. 521.

¹¹⁷⁶ CERATI-GAUTHIER (A.), « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droits des associés et actionnaires de la société débitrice », *BJE*, 1 mars 2015, n°2, p. 129.

¹¹⁷⁷ BOURBOULOUX (H.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, 1 juill. 2016, n°4.

¹¹⁷⁸ LE CORRE (P.-M.), « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20 oct. 2015, n°293, p. 7, spéc. n°14.

¹¹⁷⁹ CERATI-GAUTHIER (A.), « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droits des associés et actionnaires de la société débitrice », *BJE*, 1 mars 2015, n°2, p.129.

¹¹⁸⁰ BOURBOULOUX (H.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, 1 juill. 2016, n°4. ; LE CORRE (P.-M.), « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20 oct. 2015, n°293, p. 7, n°14.

l'administrateur ou du ministère public. Il semblerait que ce ne soit qu'à cette date que le candidat à la reprise aura véritablement connaissance du prix de l'opération¹¹⁸¹.

L'étendue de la mesure d'expertise pose question. Jusqu'où la mission de l'expert peut-elle être contingentée ? L'article ne renvoie pas au droit commun et au régime applicable en matière d'évaluation des parts par un expert prévu à l'article 1843-4, I du Code civil¹¹⁸². Alors que l'ordonnance du 12 mars 2014 précisait qu'il était renvoyé à cet article, la loi Macron ne reprend pas ce visa¹¹⁸³. Certains auteurs¹¹⁸⁴ considèrent que « *la modification récente de ce dernier*¹¹⁸⁵ *le rend sans doute désormais totalement inapproprié au regard des règles de fixation du prix* ». En effet, les stipulations statutaires ou extrastatutaires, conçues dans un contexte différent, peuvent être inadaptées à l'entreprise en difficulté et au dispositif de cession forcée des titres de l'associé. La question se pose du régime applicable à la mission de cet expert¹¹⁸⁶ : « *les modes d'évaluation des titres, date à laquelle les titres seront valorisés, la prise en compte ou non de la possibilité d'un redressement de l'entreprise dans l'évaluation de ces titres* »¹¹⁸⁷. L'expert devra respecter « *le principe de la contradiction* »¹¹⁸⁸. L'application de ce principe risque de générer plusieurs problèmes et pourrait cependant « *empoisonner tout le mécanisme* »¹¹⁸⁹.

385. L'obligation pour le repreneur de conserver les titres. Le repreneur s'engage à conserver les titres souscrits ou achetés pendant une durée qui ne peut excéder celle du plan¹¹⁹⁰. Afin de concrétiser cet engagement, le tribunal peut imposer à ce repreneur la garantie procurée par un organisme de crédit, à hauteur de son engagement financier, lequel figure dans

¹¹⁸¹ ROUSSEL GALLE, « Brèves observations sur la cession forcée d'actions d'une entreprise en redressement judiciaire », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 636, n°7.

¹¹⁸² PELLETIER (N.), « L'éviction de l'associé dans le cadre du plan de redressement », *LEDEN*, 1 oct. 2015, n°9, p. 4. ; LUCAS (F.-X.), « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept 2015, n°05, p. 317.

¹¹⁸³ LE CORRE (P.-M.), « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20 oct. 2015, n°293, p. 7, spéc. N°16.

¹¹⁸⁴ GICQUEL (J.-E.), ROUSSILLE (M.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2015, n°3, p. 32.

¹¹⁸⁵ L'expert doit désormais prendre en compte les stipulations statutaires ou extrastatutaires prévoyant une méthode de réalisation lorsqu'il détermine la valeur des droits sociaux objet de la cession ou du rachat forcé. Ord. N°2014-863, 31 juill. 2014, relative au droit des sociétés : JO 2 août 2014, p. 12820.

¹¹⁸⁶ V. en ce sens : LUCAS (F.-X.), DAMMANN (R.), « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *BJS*, oct. 2015, n°114c4, p. 251

¹¹⁸⁷ BOURBOULOUX (H.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, 1 juill. 2016, n°4.

¹¹⁸⁸ TEBOUL (G.), « Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2015 n°71, p. 4.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ CERATI-GAUTHIER (A.), « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droits des associés et actionnaires de la société débitrice », *BJE*, 1 mars 2015 n°2, p. 129.

le plan de redressement¹¹⁹¹. Le législateur s'assure ainsi que l'atteinte portée aux droits sociaux de l'associé est justifiée, en s'assurant que le cessionnaire respectera ses engagements et que le plan sera correctement exécuté.

Le commissaire à l'exécution du plan devra s'assurer que l'associé ou actionnaire repreneur respecte ses engagements¹¹⁹². Dans le cas contraire, si l'associé ne respecte pas ses obligations, le commissaire à l'exécution du plan aura qualité pour demander au tribunal l'exécution forcée des obligations des associés. Le commissaire à l'exécution du plan doit informer le comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel, de l'exécution du plan de redressement et du respect des engagements du repreneur.

En cas d'inexécution, le commissaire à l'exécution du plan, le ministère public, le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel, pourront solliciter le tribunal aux fins de résolution du plan de redressement sans que l'associé repreneur ne soit tenu du préjudice subi. Le texte précise que la somme versée par le souscripteur ou cessionnaire reste acquise à la procédure.

Le tribunal pourra aussi en cas de non-respect des engagements des souscripteurs, modifier le plan en application des dispositions de l'article L. 626-26 du dernier alinéa de l'article L. 626-31. Le plan ainsi réformé pourrait notamment prévoir une modification du montant de l'augmentation du capital¹¹⁹³.

386. La nécessité d'une consultation. Le dispositif n'est pas sans conséquences graves pour les droits fondamentaux des associés. Le tribunal doit être sûr que cette solution est la plus sérieuse et qu'elle permettra véritablement un redressement de l'entreprise. Afin d'assurer ce contrôle, il est prévu que le tribunal statue sur la demande de cession des titres, le débat doit avoir lieu en présence du ministère public, des associés ou actionnaires concernés, des associés ou actionnaires dirigeants, des créanciers ou tiers qui se sont engagés à exécuter le plan, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, du représentant des salariés, voire de l'autorité des marchés financiers si les titres sont cotés¹¹⁹⁴.

387. Le jugement du tribunal. Le président du tribunal statuera en la forme des référés par une ordonnance non susceptible d'appel. Après audition des intéressés, il se

¹¹⁹¹ *Ibid.*

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ LE CORRE (P.-M.), « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20 oct. 2015, n°293, p. 7, n°17.

¹¹⁹⁴ LUCAS (F.-X.), « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept 2015, n°5, p. 317.

prononcera alors sur la cession et la valeur des titres en un seul et même jugement. Ce dernier désignera le mandataire qui aura qualité pour passer les actes nécessaires à la réalisation de la cession et au versement du prix aux associés ou actionnaires cédants. Le plan ne peut en effet être arrêté que sous la condition du paiement comptant du prix par les associés ou actionnaires.

388. L'écueil posé en cas de nantissement des titres. Dans le cas où les titres font l'objet d'un nantissement, la cession forcée des titres sera dénuée d'effets¹¹⁹⁵. Le nantissement de titres est notamment utilisé dans des opérations de LBO. La société holding devra consentir un nantissement sur les titres de la cible afin de « *garantir les obligations de cette dernière en sa qualité d'emprunteur* »¹¹⁹⁶. Selon Maître Ernst Degenhart, la cession forcée des titres grevés par ce nantissement, pourrait dissuader certains repreneurs¹¹⁹⁷. Pire, elle pourrait être instrumentalisée par les actionnaires afin de se prémunir de l'éventualité d'une cession de leurs titres. Les associés pourraient provoquer, notamment dans le cadre d'un groupe de société, le nantissement de leurs titres pour garantir une avance en compte courant d'associé. L'auteur remarque que l'admissibilité par le législateur de la technique du coup d'accordéon aurait évité ce problème, les associés s'étant engagés, dans ce cadre, à exécuter le projet de plan auraient souscrit des titres nouveaux, par hypothèse, non grevés par un nantissement.

B) Le maintien regrettable des clauses de préférence ou de préemption

389. Comme l'agrément légal¹¹⁹⁸, le maintien des clauses de préférence ou de préemption pourrait faire échec au dispositif de cession forcée des titres.

390. L'application des clauses de préférence ou de préemption¹¹⁹⁹. Selon la même interprétation restrictive de l'article L. 631-19, II du Code de commerce, le texte ne

¹¹⁹⁵ ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°06, p. 432.

¹¹⁹⁶ ALLOUCHE (R.), RICHARD (R.), « Les garanties dans les financements à l'effet de levier », *RD banc. Et fin.* Mai 2008, dossier 21, n°8, p. 90.

¹¹⁹⁷ ERNST DEGENHARDT (J.), « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°06, p. 432.

¹¹⁹⁸ Sur l'application de l'agrément légal au dispositif de cession forcée des titres. Cf. *Supra*. n°266.

¹¹⁹⁹ Pour Chartier (CHARTIER (Y.), « Les clauses de préférences et de préemption en cas de cession à des tiers », in *La stabilité du pouvoir dans les sociétés*, *RJ com.* 1990, n°spéc., nov., p. 77 et spéc., p. 77), il n'y aurait pas de différence entre les clauses de préférence et les clauses de préemption. Pour le professeur Schiller, la différence viendrait uniquement du moment où elles trouvent à s'appliquer. La clause de préférence ne suppose pas que le cédant est déjà trouvé un acheteur. Alors que lors d'une clause de préemption, le contrat de vente serait déjà signé et le bénéficiaire prendrait alors la place de l'acquéreur. Cette confusion vient du même objectif de ces clauses, elles obligent la personne qui souhaite céder ses titres à les proposer en priorité à une personne préalablement désignée pour pouvoir les acheter (SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°203, p. 103).

semble pas faire échec à l'application des clauses de préférence ou de préemption¹²⁰⁰. Ces clauses imposent à l'actionnaire qui souhaite sortir de la société de proposer en priorité leurs titres aux bénéficiaires de la préemption ou de la préférence. Aucun texte dans le droit des sociétés ne fait mention de ces clauses¹²⁰¹, mais leur validité a toutefois été confirmée par la jurisprudence¹²⁰² et la doctrine¹²⁰³.

L'article ne vise en effet que les clauses d'agrément, il ne fait aucunement mention des autres clauses. Il s'agit de la raison pour laquelle une partie de la doctrine s'accorde à accepter leur validité en procédure de redressement judiciaire malgré le dispositif de l'article L. 631-19, II du Code de commerce¹²⁰⁴. La doctrine considère en effet que le texte est applicable aux stipulations qu'il prévoit¹²⁰⁵. Cette solution paraît justifiée lorsque la société est soumise à une procédure amiable ou une procédure de sauvegarde¹²⁰⁶.

Les juges du fond¹²⁰⁷ ont pourtant statué en ce sens et écarté une clause de préemption lors d'une affaire portant sur une cession forcée des titres du dirigeant social. Cette solution isolée, qui de plus a été rendue par une juridiction du second degré ne semble pas avoir une portée générale et remettre en cause la validation de ces clauses. Au contraire, celle-ci a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel d'Aix¹²⁰⁸.

Ces clauses auraient pourtant pu être remises en cause, comme les clauses d'agrément, en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il paraîtrait préférable de « *se référer à l'esprit de texte plutôt qu'à sa lettre pour écarter tous les mécanismes qui pourraient faire obstacle à cette cession,*

¹²⁰⁰ CA Caen, 28 sept. 2000, Act. Proc. Coll., 2001, n°101, obs. REGNAUT MOUTIER (C.).

¹²⁰¹ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

¹²⁰² TGI Dijon, 8 mars 1977, D. 1977, p. 482, note BOUSQUET (J.-C.) ; *JCP*, 1977, II, 18722, note RABUT (M.), *Rev. Sociétés*, 1977, p. 279, note RANDOUX (D.) ; Cass. Com., 15 févr. 1994, n°92-12.330, *Bull. Joly*, 1994, §152, p. 508, note VELARDOCCIO (D.). Elles sont même admises dans les sociétés cotées alors qu'elles sont contraires aux règles du marché : CA Paris 27 avr. 1993, *Dr. Sociétés*, juill. 1993, p. 1, note FRISON-ROCHE (M.-A.).

¹²⁰³ CHARTIER (Y.), « Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers », in *La stabilité du pouvoir dans les sociétés*, RJ com. 1990, n°spéc., nov., p. 77 et spéc., spéc. p. 77.

¹²⁰⁴ En ce sens : MARTIN-SERF (A.), *Redressement et liquidation judiciaire – Effets à l'égard de la personne morale*, Fasc. 41-45, 9 juin 2017, *Juris. Cl.*, n°18 ; SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75 ; CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), n°463, p. 350.

¹²⁰⁵ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75 ; DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.-P.), HONORAT (A.) (Collab.), *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1991, n°176, §5.

¹²⁰⁶ En ce sens : SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

¹²⁰⁷ V. L'arrêt de la cour d'appel consécutif au jugement de premier degré : CA Nancy, 2^e ch. 9 juin 1992, *Eurogest c/ sté Les constructions soudés de l'Est*, *RJDA* 1993, n°164

¹²⁰⁸ V. Notamment : CA Aix-en-Provence, 8^e ch. Sect. B, 5 déc. 2003, *SA Sofipharm c/ Sté financière de Marcoray et autres*, *Bull. Joly*, 2004. 1077, note CERATI-GAUTHIER (A.).

comme les pactes comportant des mécanismes de préférence ou de préemption, par exemple¹²⁰⁹ »¹²¹⁰. La reprise interne a pour but de favoriser le redressement de la société par le refinancement de l'entreprise. Le plan proposé par le repreneur et adopté par le tribunal risque donc d'être mis en échec et de condamner la société à la liquidation judiciaire. Il serait opportun de restreindre l'application de ces clauses au seul cas où les associés bénéficiaires de ces clauses ont les capacités de financer le plan de continuation.

391. Il faut en conclure que le plan de continuation ne rendra pas inefficace un pacte d'actionnaires comportant une clause de préemption ou de préférence¹²¹¹. Les objectifs du droit des entreprises en difficulté cèdent donc, regrettablement, devant les dispositions organisant la société, malgré l'intérêt supérieur du redressement de l'entreprise.

392. Conclusion Section II. Le redressement de l'entreprise suppose parfois l'éviction de certains associés afin de permettre une reprise interne. L'associé qui s'opposerait à cette reprise de l'entreprise prendrait le risque d'être évincé de la société par la cession forcée de ses titres. Il n'a donc d'autre choix que d'accepter de participer au sauvetage, en votant l'augmentation de capital destinée à faire entrer un repreneur, sous peine de se trouver contraint à céder ses titres à ce même repreneur. Néanmoins, le dispositif demeure encore trop imprécis et pourrait être plus efficace s'il neutralisait les clauses de préférence ou de préemption.

¹²⁰⁹ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

¹²¹⁰ Cons. Const. 7. Oct. 2015, n°2015-486, QPC, *JCP éd. G*, 2015, 1390, note BRIGNON (B.) ; Act. Proc. Coll., 2015, repère 278, MONSERIE-BON (M.-H.) ; *JCP éd. E* 2015, 1562, note CERATI-GAUTHIER (A.).

¹²¹¹ CA Aix-en-Provence, 8^e ch. Civ. B, 5 déc. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 1077, B211, note CERATI-GAUTHIER (A.).

Conclusion du chapitre II.

393. L'associé, qui doit désormais s'impliquer dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, pourra, le cas échéant, être sacrifié afin de permettre la réalisation de cet objectif.

394. L'associé dirigeant a été la première cible du droit des entreprises en difficulté. De par sa fonction, le dirigeant peut être tenu pour responsable des difficultés de l'entreprise. L'entité sociale étant déjà fragile, elle ne peut supporter le poids d'un dirigeant associé inapte à la redresser. On retrouve cette idée d'associé obstacle à la survie de l'entreprise. Afin de neutraliser ce risque, attentatoire à la pérennité de la société, le droit des entreprises en difficulté prévoit plusieurs dispositifs permettant de contrôler l'associé dirigeant, voire de l'évincer. Outre la faculté pour le tribunal de prononcer la subordination du plan au remplacement d'un ou de plusieurs dirigeants de la société, il peut également le contrôler en prononçant l'incessibilité de ses titres. Mais le dispositif le plus remarquable est la possibilité pour le tribunal d'ordonner la cession de ses parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, si l'intérêt de l'entreprise le requiert. L'expropriation du dirigeant doit nécessairement être encadrée du fait de l'atteinte portée au droit de propriété. Le conseil constitutionnel a validé la conformité de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce, au motif discutable que le dirigeant dispose de la possibilité de démissionner en amont de la décision de cession de droits sociaux. Cette neutralisation de l'associé dirigeant peut pourtant surprendre. Au fil de réformes, le droit des entreprises en difficulté a tenu à alléger les mesures touchant le dirigeant. Dans le but notamment de ne pas dissuader les dirigeants à placer leur entreprise en procédure collective. Les nouvelles dispositions impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté ne contribueront certainement pas à rendre les procédures collectives attractives.

395. La loi Macron va plus loin, puisqu'elle permet d'élargir le dispositif à tous les associés, même autre que dirigeant. L'article L. 631-19-2 admet, outre la dilution, la cession forcée des titres de l'associé qui s'opposerait aux restructurations du capital nécessaire à la survie de la société. Mais une fois encore, le droit de propriété rend complexe l'admission d'un tel mécanisme de cession forcée des titres, qui exige que l'atteinte soit justifiée et proportionnelle¹²¹². Le respect de ces conditions a conduit le législateur à entourer le dispositif de modalités très strictes, le rendant quasiment inapplicable. La volonté du législateur de rendre

¹²¹² 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*, 1 octobre 2015 n°10, p. 521.

un texte conforme aux normes constitutionnelles a finalement rendu la disposition stérile. Applicable aux seules entreprises dont la perte affecterait le bassin économique et employant au moins cent cinquante salariés, cette mesure de cession forcée restera exceptionnelle. Les associés de société de taille modeste sont tenus à l'écart de cette mesure. Cette mesure qui prend en considération les parties prenantes de l'entreprise eut mérité un champ d'application moins étroit. Le conseil constitutionnel a pu considérer que la poursuite de l'activité constituait un objectif d'intérêt général, ce qui signifie que la simple référence au nécessaire redressement, aurait pu justifier l'atteinte faite au droit de propriété. Enfin, l'objectif du dispositif étant de permettre une reprise interne, on peut s'étonner que le législateur n'est pas neutralisé les clauses de préférence et de préemption.

396. Le droit des entreprises en difficulté va ainsi sécuriser le redressement de l'entreprise en évinçant l'associé qui menacerait la réussite du plan de continuation. Cette mesure coercitive démontre que l'associé doit agir en fonction des besoins de l'entreprise. Dans le cas contraire, le tribunal pourra prononcer la cession forcée de ses titres.

Conclusion du titre II.

397. Avant les récentes réformes touchant le droit des entreprises en difficulté, l'assemblée demeurait souveraine même sur les opérations visant la réorganisation de l'entreprise par une reprise interne. Aucune disposition ne venait restreindre les droits de l'associé. La reprise interne pourra désormais être favorisée par une augmentation du capital ou par une cession forcée des titres.

398. Pour la reprise interne par voie d'augmentation de capital, le constat a pu être fait que la loi a permis d'impliquer et de contraindre l'associé à se soumettre au sauvetage de l'entreprise.

Jusqu'alors respectueux des droits de l'associé et des principes du droit des sociétés, le droit des procédures collectives n'hésite désormais plus à y porter atteinte, pour favoriser l'adoption de restructurations nécessaires à la survie de l'entreprise. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise dépendra de la présence d'un tiers souhaitant entrer dans le capital, autrement dit d'une reprise interne.

En présence d'une éventuelle reprise interne, l'associé qui votera contre l'augmentation de capital sera dessaisi de son droit de vote, au profit d'un mandataire qui votera alors à la place de l'associé réfractaire. Selon l'article 1844 du Code civil, « *tout associé à le droit de participer aux décisions collectives* ». Cependant, dans le contexte du droit des entreprises en difficulté, les conséquences peuvent être lourdes pour les *stakeholders*, c'est pourquoi l'article L. 631-19-2 du Code de commerce permet de passer outre la décision des associés. Dans l'intérêt de l'entreprise, l'associé pourra tout de même participer au redressement de l'entreprise et contribuer à l'augmentation afin de conserver la maîtrise de celle-ci. Compte tenu de ces éléments, on constate que l'associé n'a pas d'autre choix que de participer au sauvetage de la société s'il veut y demeurer.

399. Pour la reprise interne par voie de cession des titres, l'objectif est comme pour la dilution par voie d'augmentation de capital, d'évincer les associés en place au profit d'un tiers. Le droit des procédures collectives prévoyait déjà un mécanisme de cession forcée des titres de l'associé dirigeant. Depuis la loi Macron, un nouveau dispositif de cession forcée des titres de l'associé a émergé, renforçant l'idée d'une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

Le tribunal peut prononcer, outre l'incessibilité des titres de l'associé dirigeant, la subordination

du plan au remplacement d'un ou de plusieurs dirigeants de la société ou à la cession des droits sociaux des dirigeants ou des associés. L'objectif est alors d'éliminer de la société un dirigeant associé qui serait un obstacle au redressement de l'entreprise. Cet objectif a récemment été étendue à tous les associés, avec la loi Macron et l'introduction de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce. Ainsi, l'associé qui refuserait de se laisser diluer et de voter l'augmentation de capital nécessaire au redressement de l'entreprise, pourra être exclu de la société sur décision du tribunal au profit d'un associé plus coopératif. L'associé se doit donc de voter les restructurations indispensables au redressement de la société, même si cela est contraire à ses intérêts personnels.

400. Le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise se manifeste ainsi au travers des droits politiques de l'associé, lesquels doivent être mis au service du sauvetage de l'entreprise par la voie d'une reprise interne.

Conclusion de la partie I.

401. Les récentes dispositions issues des réformes du Livre VI du Code de commerce ont marqué une évolution de la place de l'associé l'impliquant désormais dans le sauvetage de l'entreprise, en l'impliquant financièrement en respectant ses obligations et ensuite en orientant son droit dans le sens du sauvetage de l'entreprise.

402. Deux mesures permettent ainsi d'identifier une participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

L'exigibilité immédiate de l'apport dès le jugement d'ouverture permet à la société de récupérer des fonds dus par l'associé et d'envisager l'utilisation d'autres techniques sociétaires. Cette étude a permis de vérifier l'incidence que cette mesure allait avoir sur le droit des sociétés et sur le contrat de société. Le droit des procédures collectives ne dérogea pas à ses habitudes et marqua une fois de plus sa volonté d'autonomie. Le sauvetage de l'entreprise doit toutefois guider ces mesures. Si l'associé présent avant le jugement d'ouverture doit être mis à contribution, il en va différemment des modalités visant les nouveaux apporteurs, lesquelles doivent demeurer assez souples pour les inciter à investir dans l'entreprise. L'organe judiciaire, alors compétent, veillera à l'implication de l'associé et disposera à cet effet de pouvoirs importants.

La reconstitution des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social permettra ensuite d'obtenir de l'argent frais et favorisera l'option de la reprise interne. Se distinguant des mesures du droit des sociétés, le droit des procédures collectives se fixera pour objectif principal de favoriser le sauvetage de l'entreprise. Les mesures coercitives à l'égard de l'associé évolueront selon la procédure collective. Cette graduation, qui peut être constatée pour toutes les mesures composant le principe de participation de l'associé. L'associé uniquement convoqué aux fins de voter la reconstitution des capitaux propres en procédure de sauvegarde, pourra être contraint à reconstituer les capitaux propres en procédure de redressement judiciaire. Remettant en cause les droits politiques de l'associé, le droit des procédures collectives instaure un dispositif impliquant financièrement l'associé.

403. Outre les droits financiers, les droits politiques de l'associé sont aussi mis à contribution pour garantir le sauvetage de l'entreprise. L'associé doit alors permettre une reprise interne. Les deux modes de reprise interne, d'augmentation du capital et de cession des titres, sont alors favorisés par le droit des procédures collectives.

L'associé devra d'abord voter prioritairement les restructurations nécessaires à la survie de l'entreprise. Le législateur a donné au pouvoir judiciaire les moyens nécessaires pour faire adopter l'augmentation du capital par les associés. En effet, la loi permet désormais de forcer l'accord des associés et d'imposer une augmentation de capital permettant une reprise interne. Ce dispositif remarquable par l'atteinte faite aux droits des associés reste inabouti. Les imprécisions et les conditions jugées trop rigoureuses entament l'efficacité de cette mesure d'augmentation de capital forcée. De plus, l'associé ne sera pas nécessairement évincé dans la mesure où il conserve son droit préférentiel de souscription. On préconise alors d'assouplir et de préciser certaines conditions, afin de rendre le dispositif plus accessible.

Motivé par le sauvetage de l'entreprise, l'associé pourra encore être sacrifié par la cession forcée de ses titres. Sans constituer une sanction, l'associé dirigeant pourra d'abord être exclu de la société. Le droit de demeurer dans la société sera également remis en cause pour l'associé non dirigeant depuis la loi n°2015-990 du 6 août 2015. L'atteinte n'est encore que relative, car le mécanisme est soumis à des conditions limitant considérablement son application.

404. L'identification de la participation de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise se manifeste ainsi par plusieurs atteintes aux droits de l'associé, lesquels devront être mis au service et à la disposition de la survie de l'entreprise.

DEUXIEME PARTIE

L'analyse de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

405. « *Si la société est constituée dans l'intérêt commun de ses membres, elle n'est pas exclusivement leur chose dès lors qu'ayant une activité économique et sociale, ses décisions rayonnent bien au-delà du cercle des associés* »¹²¹³. La sauvegarde de ces enjeux économiques et sociaux a conduit le législateur à limiter les pouvoirs de l'associé.

406. En effet, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le législateur fait peser sur l'associé de nouvelles contraintes en vue du sauvetage de l'entreprise en difficulté. Toutefois, aucun principe d'assistance de la société n'est expressément formulé par les textes. Une première étude a été menée afin d'identifier et parfois d'éclaircir ces contraintes de l'associé dans le droit des entreprises en difficulté. Les contours de ce principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise ayant été identifiés, cette deuxième partie se fixera pour but d'en comprendre d'abord les fondements et les justifications, puis d'en déterminer la nature juridique afin d'éclairer les modalités d'application et les conséquences de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

407. La création de ces dispositifs de contraintes affectant l'associé constitue une nouveauté pour le droit des entreprises en difficulté. Il est alors légitime de s'interroger sur l'évolution de ceux-ci. La mise en place de nouvelles mesures et la neutralisation de certains pouvoirs de nuisance de l'associé seraient souhaitables.

408. Raisonner sur l'opportunité d'une extension des cas de participation de l'associé au sauvetage de la société suppose d'en connaître tous les aspects et tous les risques. On peut alors poser la question des fondements et la nature juridique de ces « *contraintes* ». La qualification juridique de ces mesures constitue un préalable nécessaire à notre étude.

Selon le professeur Terre : « *La qualification consiste à classer un contenu donné dans une catégorie impliquant un certain régime juridique* »¹²¹⁴. L'intérêt de la qualification permet ainsi de transformer

¹²¹³ DAIGRE (J.-J.), « Loi PACTE : ni d'excès d'honneur, ni d'excès d'indignité », *BJS*, oct. 2018, n°10, p. 541.

¹²¹⁴ TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., préface de LE BALLE (R.), éd. 1957, réimpression 2014.

le fait en droit¹²¹⁵. Elle permet de comprendre et d'anticiper les conséquences juridiques d'un fait donné. Le travail de qualification juridique de ces charges nouvelles pesant sur l'associé permettra d'en appréhender les contours et les conséquences.

409. Avant d'identifier la nature juridique de ces contraintes pesant sur l'associé, il faudra tout d'abord clarifier les fondements et les justifications de ces nouvelles mesures. Si l'associé doit être impliqué dans le sauvetage de l'entreprise, la question du fondement de ces nouvelles contraintes doit recevoir une réponse.

Deux fondements constituent le socle de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

Tout d'abord, cette participation est une réponse aux difficultés de l'entreprise et à la menace que font peser ces difficultés sur l'environnement économique et social. L'entreprise en procédure collective présente un risque pour les parties prenantes, qui nécessite bien souvent l'intervention active ou passive des associés. Le droit des procédures collectives adopte des règles contraignantes, dont il est intéressant de remarquer qu'elles diffèrent suivant les difficultés pesant sur l'entreprise et les risques pour l'économie. Il est difficile d'appréhender ce principe qui mute selon la situation en jeu. Néanmoins, il reste toujours animé par le même objectif de défense des intérêts économiques et sociaux portés par l'entreprise.

Ensuite, la participation des associés au sauvetage de l'entreprise peut également être vue comme la prestation découlant des obligations et des devoirs propres à tout associé. Toutefois, l'émergence de ces mesures, souvent en opposition avec les principes du droit des sociétés, suscite plusieurs questions. La limitation des libertés d'action de l'associé doit-elle être soutenue par une faute ou constitue-t-elle une composante des engagements qu'il a pris ? Les contraintes imposées à l'associé sont-elles la manifestation d'une remise en cause du principe d'intangibilité des engagements des associés et de la dualité des personnalités juridiques dans les relations entre l'associé et la société ?

La réponse apportée à ces questions permettra d'établir les fondements du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté (**Titre I**).

410. On se consacrera ensuite à l'étude de la nature juridique des différentes contraintes pesant sur l'associé pour participer au sauvetage de l'entreprise. La contrainte peut se définir comme : « *une entrave à la liberté d'action* », elle impose à son sujet une limitation de sa

¹²¹⁵ DE BERTIER-LESTRADE (B.), « La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique », in NICOD (M.)(Dir.), *Les affaires de la qualification juridique*, les presses de l'université Toulouse 1, 2015.

volonté. Ce fait peut être rattaché à une dichotomie, renvoyant à deux notions juridiques : l'obligation et le devoir.

Si la nouvelle implication de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté suppose ainsi des obligations et des devoirs, la question majeure sera celle de la distinction de ces deux notions qui ont une nature et un régime juridique bien distincts. Si l'obligation est une notion bien connue de notre droit, bien que suscitant encore de nombreuses interrogations, il n'en est pas ainsi du devoir qui est une notion émergente. Les études qui ont été menées sur ce sujet et les critères dégagés par la doctrine pour les distinguer, permettront de vérifier que la participation contrainte de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté suppose à la fois des obligations et des devoirs juridiques.

La participation financière de l'associé repose sur les obligations de ce même associé : la libération de l'apport engagé et la reconstitution des capitaux propres de la société. L'obligation se caractérise par sa nature patrimoniale. Il est ainsi possible de l'éteindre, soit en payant sa dette, soit en la cédant. Toutefois, le droit des procédures collectives vient perturber les mécanismes du droit commun afin de préserver les intérêts de l'entreprise et des créanciers. De même, il sera opportun d'envisager le cas de l'associé défaillant, refusant de libérer son apport ou refusant de reconstituer les capitaux propres. À défaut de texte, il faudra se référer au droit commun, lequel ne sera pas toujours adapté au contexte d'une entreprise en procédure collective.

Il sera difficile de déterminer la nature juridique de l'implication de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise par son droit de vote. Assimilé à un pouvoir dans l'entreprise, l'exercice du droit de vote ne peut être considéré comme une obligation dans la mesure où il s'agit d'un droit. Toutefois, ce droit pourra être limité par la législation applicable aux entreprises en difficulté. L'associé pourra même être contraint de voter dans le sens de l'intérêt de l'entreprise, sous peine de commettre un abus. Il est alors possible d'y voir un devoir juridique, lequel animerait tout associé et auquel il ne pourrait se soustraire (**Titre II**).

TITRE I.

Les fondements de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

411. L'émergence du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise pose la question de ses fondements. L'associé fut pendant longtemps écarté du droit des procédures collectives. Il s'agit d'expliquer pourquoi il est désormais impliqué dans le sauvetage de l'entreprise et sur quels fondements on peut s'appuyer pour expliquer ce renforcement du lien entre l'associé et l'entreprise en difficulté. Plusieurs hypothèses peuvent être posées.

412. Un premier fondement, le plus évident peut-être, invite à explorer les motivations nées des difficultés de l'entreprise.

Le droit des procédures collectives fait naître de nouvelles contraintes à l'égard de l'associé trouvant leur origine dans les difficultés de l'entreprise. Cette étude sera l'occasion d'appréhender le principe participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise et de la comparer avec d'autres devoirs présentant des caractéristiques voisines. Il faut encore préciser à quel stade des difficultés le principe doit être appliqué. On s'interrogera sur les conditions qui président au déclenchement du principe.

Tout d'abord, il a déjà été démontré qu'un tel principe ne trouvait une réelle application qu'en procédure de redressement judiciaire. La cessation des paiements servirait ainsi de déclencheur à diverses contraintes en vue d'une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. La procédure de sauvegarde, bien qu'animée par le même objectif de préservation de l'entreprise, est apparue insuffisante au déclenchement des contraintes sur l'associé, cette procédure pouvant se concevoir comme un acte volontaire du dirigeant dont il convient de préserver l'attractivité.

Ensuite, le risque avéré d'un trouble grave à l'économie causé par la possible disparition de l'entreprise, justifie la restriction aux libertés accordées aux associés. En fonction de la taille de l'entreprise, les incidences seront plus ou moins importantes. Le législateur adapte ainsi en conséquence les mesures réduisant l'exercice des droits de l'associé.

Ainsi, le principe de participation de l'associé présente cette caractéristique d'évoluer d'abord en fonction des difficultés de l'entreprise et ensuite en fonction du risque que fait peser la

liquidation éventuelle de la société sur l'économie. Il sera permis de vérifier que le principe de participation recèle une particularité notable en ce qu'il est modulable.

413. On peut ainsi vérifier que ce premier fondement du principe de participation, issu des difficultés de l'entreprise, fait prévaloir la nature institutionnelle de la société sur sa nature contractuelle. Admettre l'existence d'un principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise revient à affirmer qu'en droit des procédures collectives, les intérêts de l'entreprise surpassent ceux de l'associé. Les engagements parfois pris par les associés dans les statuts peuvent ainsi être remis en cause pour garantir le sauvetage de l'entreprise. Dans le contexte d'une entreprise en difficulté, la nature contractuelle de la société jusqu'à ce stade dominante, cède la place à la nature institutionnelle de la société. On pourra alors rattacher cette idée, à plusieurs conceptions faisant passer l'intérêt de l'entreprise avant l'intérêt personnel des associés. Le droit des procédures collectives marque ainsi une rupture avec le droit des sociétés et affirme ses propres règles pour servir ses objectifs de sauvetage de l'entreprise. Le principe de participation de l'associé vient ainsi consacrer certaines théories, dont l'idée de la société institution ou l'intérêt social, dominant celui de l'associé (**Chapitre I**).

414. Un second fondement peut être recherché dans la source de ces nouvelles obligations.

Certaines de ces contraintes, impliquant financièrement l'associé dans le sauvetage de l'entreprise, correspondent à des obligations. Or l'obligation est souvent assimilée au contrat, alors que ce fondement ne peut être appliqué à toutes les hypothèses¹²¹⁶. Un fait juridique ou l'autorité seule de la loi peuvent aussi être créateurs d'obligations. On peut alors supposer que ces limitations de libertés imposées à l'associé correspondent à des sanctions, ce qui laisserait entendre une faute de celui-ci. Ce régime autoritaire à l'égard de l'associé suppose une remise en question de ses rapports avec la société, voire une responsabilité envers celle-ci. Cependant, admettre l'associé comme coupable de l'échec de la pérennité de l'entreprise paraît contraire à l'esprit qui anime le droit des procédures collectives. Alors que la jurisprudence développe l'idée d'une responsabilité de l'associé dont le comportement a pu être impliqué dans la défaillance de la société, le principe de participation de l'associé s'inscrit dans une autre logique. En droit des entreprises en difficulté, les contraintes pesant sur l'associé ne reposent pas sur une faute mais sur l'aménagement de ses obligations et de ses devoirs, aux fins de les rendre utiles au sauvetage d'une entreprise en difficulté.

¹²¹⁶ ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », RTD Civ., 2011, p. 1.

Le sauvetage de l'entreprise en difficulté dépendra en partie des décisions prises par les associés. Le droit de vote constitue alors un réel pouvoir de l'associé lequel s'exerce sans restriction lorsque la société est in bonis. Toutefois, il faudra rappeler que ce droit de vote ne paraît être attribué à l'associé qu'en contrepartie du risque pris par celui-ci sur son apport. La valeur des droits sociaux de la société en difficulté étant souvent proche du néant lorsque l'entreprise est en difficulté, la légitimité qu'a l'associé à exercer un tel pouvoir n'a-t-elle pas disparu. Néanmoins, même en procédure de redressement judiciaire, l'associé jouira de la plénitude de son pouvoir de voter, pouvoir néanmoins susceptible de lui être contesté en cas de décision s'opposant à une restructuration essentielle à la survie de l'entreprise. Le droit de vote peut ainsi être perçu non plus comme un droit propre mais comme un droit fonction. La question se pose alors de la source de ce devoir de voter dans l'intérêt de l'entreprise. Comme pour la participation financière, le législateur se repose une fois de plus sur les devoirs propres à la qualité d'associé, sans augmenter ses engagements. En effet, le devoir de bonne foi ou d'*affectio societatis* impose à l'associé certaines limites dans ses relations avec la société. Ainsi, la participation contrainte de l'associé comporterait deux critères qui sont la qualité d'associé, dont les obligations et les devoirs fondent ce principe, et la société institution, dont les difficultés imposent l'implication de l'associé (**Chapitre II**).

CHAPITRE I

Les difficultés de l'entreprise comme fondement de la participation de l'associé

415. Le fondement¹²¹⁷ de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise pose question. L'origine juridique de cette participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise est une question primordiale, « *car c'est en principe à partir de fondements clairs et incontestables que le droit s'organise. C'est d'eux qu'il tire la logique interne de ses règles et ses mécanismes* »¹²¹⁸.

416. Pourquoi l'associé est-il « *financièrement responsable* »¹²¹⁹ et pourquoi doit-il voter des restructurations au risque d'être évincé de la société. La réponse se trouve en premier lieu dans les difficultés de l'entreprise et les risques encourus par les parties prenantes. Les risques que font peser les défaillances d'entreprises sur l'ordre public économique légitiment des mesures coercitives à l'encontre des associés. Les difficultés de l'entreprise pourront ainsi générer une modification de la situation de l'associé. On vérifiera qu'en procédure de redressement judiciaire, les atteintes aux droits des associés seront plus significatives qu'en procédure de sauvegarde. Les enjeux liés à la survie de l'entreprise varieront également en fonction de la taille de celle-ci. Ainsi le principe de participation de l'associé pourra évoluer en fonction des difficultés de l'entreprise et des enjeux en lien avec la survie de l'entreprise (**Section I**).

417. Le droit des entreprises en difficulté impose à l'associé des efforts financiers qui trouvent à s'appliquer dans les obligations de libération et la contribution aux pertes. Contraindre l'associé à venir en aide à l'entreprise contre ses intérêts, suppose la reconnaissance d'un intérêt de l'entreprise prévalant sur celui de l'associé. Il est dès lors opportun de chercher une justification à cette nouvelle hiérarchie. Il convient d'apprécier la participation de l'associé

¹²¹⁷ Le fondement peut se définir comme une « *Valeur, référence de base (souvent associée à d'autres) sur laquelle repose une règle, une institution, un système juridique et qui en éclaire l'esprit* » : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadriga, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 464, V. *Fondement*.

¹²¹⁸ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. 2003, T. 402, L.G.D.J., p. 25, n°35 ; PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP éd. E.*, 1984, I, 3148, n°9.

¹²¹⁹ Sur l'associé responsable financièrement envers la société en difficulté par les articles L. 624-20 et L. 631-9-1 du Code de commerce : PARACHKEVOVA (I.), « L'associé responsable », *BJS*, 1 avr. 2015, n°4, p. 165. Sur la faute de l'associé pour soutien abusif accordé à la société débitrice : FAVARIO (T.), « La responsabilité de l'associé : « concept émergent » du droit des entreprises en difficulté ? », *BJE*, 1 janv. 2013, n°1.

au sauvetage de l'entreprise au regard de la double nature juridique de la société : contractuelle et institutionnelle. La nature contractuelle permet aux associés d'organiser leur relation selon leur volonté, la conception institutionnelle de la société prend en compte les intérêts des tiers. Si la nature contractuelle domine le droit des sociétés, il semble que la nature institutionnelle se soit imposée en droit des entreprises en difficulté. De même pour le droit de vote, il faudra déterminer dans quelle mesure l'associé doit voter dans le sens de l'intérêt de l'entreprise plutôt que dans son propre intérêt. La loi Pacte apporte des précisions intéressantes sur la notion d'intérêt social. Néanmoins, le législateur n'a pas défini l'intérêt social permettant à cette notion de s'adapter aux situations pratiques. Ainsi, lorsque la société sera in bonis, l'intérêt des associés sera préservé, au contraire lorsque l'entreprise est en difficulté, cet intérêt des associés pourra s'effacer devant celui de l'entreprise (**Section II**).

SECTION I

La participation de l'associé justifiée par les difficultés de l'entreprise

418. La réponse urgente à apporter aux difficultés de l'entreprise et plus précisément l'ouverture d'une procédure collective, imposent des mesures drastiques pour préserver l'ordre public économique. Afin d'éviter tout risque, l'associé se trouve contraint de participer au sauvetage de l'entreprise, se voyant particulièrement neutralisé dans sa capacité d'y faire échec (§I). Plus les difficultés de l'entreprise seront importantes, plus la contrainte sur l'associé sera pesante. Le principe de participation de l'associé évolue ainsi en fonction des difficultés de l'entreprise, mais aussi du risque que pourrait engendrer la liquidation de l'entreprise pour l'économie qui légitime un interventionnisme judiciaire plus important (§II).

§I - La qualification juridique des difficultés de l'entreprise, fondement de la participation de l'associé

419. Les difficultés de l'entreprise peuvent être assimilées à un fait juridique, dont l'apparition entraînera l'implication de l'associé. La condition est que l'entreprise soit en procédure collective. L'obligation des associés de venir en aide à leur entreprise repose principalement sur leur engagement de libérer l'apport et de contribuer aux pertes. Néanmoins, ce sont les difficultés de l'entreprise qui vont avancer l'exécution de ces obligations, afin de répondre à l'urgence de la situation de l'entreprise.

420. **La question de la nature juridique des difficultés de l'entreprise.** Il a déjà été démontré que la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté trouve à s'appliquer uniquement lorsque l'entreprise est en procédure collective. Il convient désormais de qualifier juridiquement les difficultés de l'entreprise, source première de ce principe.

421. **Analogie avec l'obligation alimentaire de droit commun.** Afin d'identifier cette nature juridique, on peut raisonner par analogie avec l'obligation alimentaire qui présente plusieurs similitudes avec les mesures imposant à l'associé de venir en aide à l'entreprise, notamment s'agissant des difficultés comme source de l'obligation.

Monsieur Zalewski tente de qualifier ces difficultés et considère que des faits juridiques sont à l'origine de l'obligation alimentaire¹²²⁰. Selon cet auteur, « *lorsque le débiteur alimentaire se trouve tenu de verser une pension alimentaire : c'est l'existence simultanée du besoin et de la faculté pour le débiteur d'y subvenir qui sont à l'origine de la naissance de l'obligation. Ce sont alors des faits juridiques, puisqu'il s'agit bien de faits auxquels la loi attache une conséquence juridique, qui entraînent la naissance de l'obligation* »¹²²¹. La même logique peut être appliquée à la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. C'est bien la situation de péril de la personne morale placée en procédure collective et les capacités de l'associé d'y subvenir qui vont déclencher le principe. Elles sont bien sûr conditionnées aux capacités de celui-ci de libérer l'apport souscrit¹²²² ou de reconstituer les capitaux propres¹²²³.

Monsieur Zalewski poursuit à propos de l'obligation alimentaire et remarque « *qu'il s'agit de faits qui ne correspondent pas à des faits personnels à l'obligé. C'est ce qu'avait relevé Planiol¹²²⁴ et ce qui permet à Madame Douchy¹²²⁵ de distinguer l'engagement qui résulte de l'autorité seule de la loi de l'engagement résultant d'un fait personnel : l'engagement qui résulte de l'autorité seule de la loi s'explique par la place occupée par la personne, place qui permet ainsi de déterminer celui qui doit, le débiteur de l'obligation* »¹²²⁶. L'auteur suppose que quand le débiteur verse les aliments, il exécute son obligation et réalise un acte d'exécution qui correspond à un paiement. Appliqué à notre thèse, la participation de l'associé, matérialisée par ses obligations, imposerait à l'associé de payer une dette, ce qui est le cas puisqu'il va être contraint de libérer l'apport souscrit ou de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social.

Les mesures du droit des entreprises en difficulté, impactant les obligations de l'associé, naissent de ces faits juridiques que sont les besoins de la société en difficulté et des capacités de l'associé d'y répondre.

422. Analogie avec le devoir de secours des époux. Notre droit prévoit également un devoir de secours entre époux¹²²⁷, lequel serait une forme d'obligation alimentaire. La solidarité entre époux viendrait de la nature même du mariage et donc du contrat. On peut

¹²²⁰ ZALEWSKI (V.), *Familles, devoirs et gratuité*, th. éd. L'Harmattan, 2004, n°3, p. 13.

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² C. Com. Art. L. 624-20.

¹²²³ C. Com. Art. L. 631-9-1.

¹²²⁴ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, T. II, 1931, n°830, p. 253, 1902 : *L'obligation dite « légale » ne suppose aucun fait de ce genre : elle résulte d'un fait naturel, indépendant de la volonté de l'obligé* ».

¹²²⁵ DOUCHY (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, th. 1997, n°92, p. 211.

¹²²⁶ ZALEWSKI (V.), *Familles, devoirs et gratuité*, th. éd. L'Harmattan, 2004, note de bas de page n°1, p. 13.

¹²²⁷ PHILIPPE (C.), *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, th. L.G.D.J., préface de WIEDERKEHR (G.), 1981, p. 35 et p. 63.

alors se demander si cette théorie n'est pas transposable au principe de participation financière de l'associé.

Selon Marty et Raynaud « *comme le mariage, la société est un contrat* »¹²²⁸. Un auteur compare d'ailleurs le devoir de secours entre époux, au devoir d'entraide entre les associés : « *Sous l'empire de notre législation actuelle, et avec l'état des mœurs que nous connaissons, on peut penser que, par certains aspects, le mariage se rapproche de la société. En effet, l'essence du mariage implique l'existence, entre époux, d'un devoir d'entre aide comparable « à une obligation imposée par les principes ordinaires à tout associé envers son associé* »¹²²⁹. Mariage et société présentent plusieurs similitudes notamment sur leur fondement et le débat entre le contrat, l'institution, voire les deux conceptions à la fois¹²³⁰. Tout comme pour la société, les charges du mariage peuvent être prévues par le contrat. En ce sens, le montant de l'apport qui est établie dans les statuts et dont on ne peut demander plus, conformément au principe d'intangibilité des engagements des associés¹²³¹. À l'origine, la libération de l'apport est un engagement pris envers les autres associés car il est formulé dans les statuts. La libération de l'apport aurait donc pour source le contrat de société.

423. Les difficultés de l'entreprise assimilées à un fait juridique. L'analogie entre l'obligation alimentaire de droit commun et le devoir de secours entre époux, lesquels présentent des points communs avec la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, apportent des réponses à la question de la nature juridique des difficultés. Il s'agit désormais d'apprécier ces éléments au regard des nouvelles dispositions du droit des entreprises en difficulté affectant l'associé.

L'obligation alimentaire et le cas plus spécifique du devoir de secours entre époux semble trouver leur fondement dans les difficultés d'un parent, lesquels s'analysent comme un fait juridique. Il faut tout d'abord préciser que l'article 1100-2 du Code civil définit les faits juridiques comme : « *des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit* ». Les termes « *agissements* » et « *événements* » sont vagues, ce qui permet la prise en compte de nombreuses situations. On peut alors se demander si les difficultés de l'entreprise peuvent être considérées comme des « *événements* » affectant l'entreprise au sens de l'article 1100-2 du Code

¹²²⁸ MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil*, T. 1, Sirey 1972. Même si « *comme le mariage, la société est par certains côtés une institution* » : GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°14, p. 13.

¹²²⁹ PHILIPPE (C.), *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, th., préface de WIEDERKHER (G.). 1981, p. 65.

¹²³⁰ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°14, p. 13.

¹²³¹ MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°126, p. 60.

civil qui définit les faits juridiques. Autrement dit, l'obligation de libération et l'obligation de reconstitution des capitaux propres applicable en procédure collective seraient issues d'un fait juridique, soit la situation périlleuse de l'entreprise, matérialisée par l'ouverture de la procédure collective.

En effet, en procédure collective, l'associé se voit rappeler ses obligations. Pour la libération de l'apport, l'article L. 624-20 du Code de commerce dispose que : « *Le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social* ». Cette mesure, qui peut le cas échéant remettre en cause le terme fixé par les associés, démontre l'existence de ce soutien de l'associé et justement ce besoin de l'entreprise. Comme le remarque le professeur Saintourens : « *La dette d'apport devient exigible par le seul fait du jugement d'ouverture de la procédure* »¹²³². Ainsi, seules les difficultés de l'entreprise conditionnent le jugement d'ouverture et de façon incidente l'exigibilité de l'apport. Ce fait juridique, dont on peut considérer qu'en général il sera indépendant de la volonté humaine, va ainsi accélérer la réalisation des obligations de l'associé, pour donner une chance à la société d'être sauvée.

Par voie de conséquence, les difficultés de l'entreprise peuvent être qualifiées de fait juridique. Cette qualification entraînera plusieurs effets pour les associés. Toute défaillance dans l'obligation de libération de l'apport devrait alors engager la responsabilité extracontractuelle de l'associé. Toutefois, la libération de l'apport repose sur un engagement de l'associé et relève du contrat. Ainsi, en cas de défaillance de l'associé, c'est classiquement la responsabilité contractuelle qui sera retenue. Néanmoins, les sanctions sont plus rigoureuses que celle du droit commun de l'inexécution contractuelle. L'objectif est ici de protéger les tiers, ainsi et pour engager la responsabilité de l'associé défaillant, la mise en demeure du débiteur ne sera pas plus requise, que la preuve de sa mauvaise foi. Cette sanction accélérée, s'explique tout d'abord par l'engagement contractuel pris par l'associé et ensuite par les difficultés de l'entreprise et les dommages qui pourraient résulter de sa disparition.

424. La situation de l'entreprise constitue ainsi un premier fondement et une première condition à la mise en jeu de la participation de l'associé, laquelle variera selon la procédure collective en jeu et selon les risques découlant de la liquidation de l'entreprise.

¹²³² SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°3.

§II - Le caractère évolutif du principe de participation de l'associé

425. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise paraît légitime au regard de la situation de péril de l'entreprise placée en procédure collective. Cette contrainte à l'égard des associés ne pourrait donc être justifiée en dehors de ces procédures. La particularité de ce principe est qu'il évolue. La contrainte exercée sur l'associé sera en effet différente selon que l'entreprise soit en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (A). Elle pourra également être renforcée si la disparition de l'entreprise risque de causer un trouble grave à l'économie (B).

A) Une participation accrue en fonction de l'importance des difficultés de l'entreprise

426. Il est notable que la participation de l'associé sera plus forte en procédure de redressement judiciaire qu'en procédure de sauvegarde. Ainsi, plus les difficultés de l'entreprise seront importantes plus la participation de l'associé sera nécessaire et pourra faire l'objet de contraintes remarquables.

427. **Le lien entre les difficultés de l'entreprise et les obligations de l'associé en procédure collective.** En effet, plus le péril de l'entreprise se fera sentir, plus les contraintes à l'égard de l'associé seront conséquentes. Alors que l'associé demeure relativement libre quant à l'exécution de ses obligations lorsque l'entreprise est in bonis, il sera contraint à poursuivre l'objectif de sauvetage de l'entreprise en difficulté en procédure collective.

La corrélation entre les mesures coercitives à l'égard de l'associé et les difficultés de l'entreprise est cohérente. C'est l'urgence du sauvetage de l'entreprise et la défense des intérêts qu'elle défend qui impose une restriction de la liberté de l'associé. Ainsi, la situation de l'entreprise se répercute directement sur celle de l'associé, lequel doit se soumettre à la défense de cet intérêt supérieur.

428. **Une gradation de l'obligations de contribuer aux pertes.** Cette évolution de la participation de l'associé en fonction de la procédure collective en jeu se fait ressentir autant sur les obligations que sur les devoirs de l'associé.

Il en est ainsi de l'obligation de reconstituer les capitaux propres. En procédure de sauvegarde, le droit des entreprises en difficulté n'impose qu'une contrainte de principe. Les mesures prises à l'encontre de l'associé se limitent essentiellement à des sommations. Cependant, l'associé demeure en principe libre de prendre les décisions nécessaires au sauvetage de l'entreprise.

L'article L. 626-3 du Code de commerce en est l'exemple. Lorsque le plan prévoit une modification des statuts ou du capital, la ou les assemblées compétentes demeureront souveraines.

Il en ira différemment si l'entreprise est placée en procédure de redressement judiciaire. Les dispositions du droit des entreprises en difficulté se veulent alors plus pesantes pour les associés. L'article L. 631-9-1 du Code de commerce permet en effet de forcer la reconstitution des capitaux propres, par la désignation d'un mandataire qui sera chargé de voter la restructuration.

L'évolution du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en fonction de la procédure collective en jeu est ainsi avérée, même si elle comporte une exception avec l'article L. 624-20 du Code de commerce.

429. L'exception de l'exigibilité immédiate. Cette disposition rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social. La particularité de l'article L. 624-20 du Code de commerce est qu'il est applicable en procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire. Contrairement aux autres mesures contraignant l'associé à participer au sauvetage de l'entreprise, cette disposition agit sur l'associé avec la même force, quelle que soit la procédure collective.

430. Une graduation du devoir de voter en faveur du sauvetage de l'entreprise. Toutefois, on note encore que le caractère évolutif du principe de participation peut se vérifier par le devoir de l'associé de voter les décisions nécessaires au sauvetage de l'entreprise.

En effet, alors que l'article L. 626-3 applicable en procédure de sauvegarde laisse libre l'associé d'opter ou pas pour une augmentation de capital, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, applicable en procédure de redressement judiciaire, prévoit un dispositif remarquable d'augmentation du capital forcée.

Le même article permet encore de forcer, sous certaines conditions, la cession des titres des associés.

Ainsi, les difficultés de l'entreprise déterminent ainsi la pression qui est faite sur les associés, liant d'une certaine façon leur sort à celui de l'entreprise.

431. Cette mutation du principe de participation en fait aussi son intérêt. Le droit des entreprises en difficulté doit s'adapter aux différentes situations de l'entreprise afin d'imposer une contrainte à la mesure de la situation.

B) L'interventionnisme judiciaire accrue en fonction de l'importance économique de l'entreprise en difficulté

432. Pour la participation de l'associé à une reprise interne, le législateur a introduit un mécanisme permettant de forcer le vote de l'associé par la privation de ce droit si nécessaire. La procédure de dépossession du droit de vote est ainsi marquée par l'intervention du mandataire. Si on se réfère à une décision de la Cour de justice de l'Union européenne, on constate que plus le risque pour l'économie est important, plus l'interventionnisme judiciaire peut être accru.

433. **Le vote du mandataire.** Si le dispositif remplit toutes les conditions, le mandataire aura compétence pour voter en lieu et place des associés. Le tribunal procédera ainsi à la désignation d'un « *mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation du capital* », sous la condition qu'un délai de trois mois se soit écoulé après le jugement d'ouverture. Il y a donc une analogie qui peut être relevée avec l'article L. 631-9-1 du Code de commerce dans la mesure où le mandataire aura pour obligation de voter en faveur de l'augmentation de capital. Comme pour la reconstitution des capitaux propres, le mandataire ne dispose pas du choix de voter contre la restructuration, il doit « *voter la reconstitution du capital* ». La lecture de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce ne laisse pas de place au doute sur le choix du mandataire. L'augmentation de capital et, par voie de conséquence l'entrée forcée du tiers, sont inévitables.

Si cette solution reste justifiée d'un point de vue pratique et dans le contexte du redressement judiciaire de l'entreprise, elle est cependant critiquable d'un point de vue théorique, car portant atteinte au principe de non-immixtion du juge dans les affaires sociales. C'est cette liberté de décision du mandataire qui permet de ne pas porter atteinte au principe de non-immixtion du juge dans les affaires sociales. La Cour de cassation a réaffirmé récemment ce principe de neutralité du mandataire dans un arrêt du 4 février 2014¹²³³. Le tribunal ne peut lui imposer le sens du vote à prendre, même si cette règle semble « *artificielle* »¹²³⁴.

434. **La préconisation d'un interventionnisme judiciaire plus marqué.** Pourquoi le tribunal demanderait-il la désignation d'un mandataire ? Ne serait-il pas plus simple d'ordonner directement l'augmentation du capital ?

¹²³³ Cass. Com., 4 févr. 2014, n°12-29.348, *BJS*, mai 2014, p. 302, n°111, note SCHMIDT (D.) ; *Gaz. Pal.*, 8 juill. 2014, n°186, obs. DONDERO (B.).

¹²³⁴ PARACHKEVOVA (I.), « L'abus de minorité, le mandataire ad hoc et l'administrateur judiciaire : quelle place pour le secret professionnel et l'expertise *in futurum* ? », *BJS*, n°2, p. 93.

Un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne a consacré cette solution d'ordonner immédiatement l'augmentation de capital par le juge. Dans l'affaire Gérard Dowling contre Minister for finance du 8 novembre 2016¹²³⁵, le ministre irlandais a obtenu par voie judiciaire une injonction imposant à la banque un apport de 2,7 milliards d'euros en échange de nouvelles actions, cela sans l'accord de l'assemblée générale des actionnaires. La banque a alors soulevé une violation à la deuxième directive 77/91/CEE¹²³⁶ qui vise à garantir la souveraineté du droit de vote et la protection des actionnaires.

En l'espèce, l'Irlande a opéré une recapitalisation des banques nationales pour conjurer les conséquences de la crise économique de 2008. Le ministre des finances irlandais a ainsi proposé à la banque ILP, établissement de crédit établi sur le territoire irlandais, de la recapitaliser. Le 20 juillet 2011, cette proposition a été rejetée par l'assemblée générale de la société ILPGH¹²³⁷. Afin de contourner ce refus, le ministre des finances irlandais a alors obtenu une ordonnance d'injonction imposant à la société ILPGH de procéder à une augmentation de capital en vue de cette recapitalisation. Malgré le refus de la société d'ouvrir son capital à l'État, la société s'est vu imposer, sans que son assemblée générale ce soit prononcée sur cette décision, la reprise interne de la société par l'État, qui a acquis 99,2% des actions de la société. Les actionnaires et les associés de la société ILPGH ont alors formé un recours devant la cour de justice irlandaise, avant de se tourner vers la Cour de justice de l'Union européenne.

Celle-ci a d'abord rappelé, qu'en vertu de la deuxième directive n°77/91¹²³⁸, les droits des associés et des tiers doivent être protégés. Aux termes de l'article 25 de la deuxième directive n°77/91 : « *Toute augmentation du capital doit être décidée par l'assemblée générale* ». Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne a également précisé que l'injonction a été prise dans un contexte grave de perturbation de l'économie d'un État membre pouvant également menacer la stabilité financière du système financier de l'Union. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que même si le principe de protection des associés et des créanciers constitue un droit fondamental, il ne peut être revendiqué dans le cas d'un intérêt

¹²³⁵ CJUE, 8 novembre 2016, *Géerd Dowling e.a./ Minister for Finance*, n°C-41/15.

¹²³⁶ Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du TFUE, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (JO 1977, L. 26, p. 21).

¹²³⁷ Nom de la société détenant l'intégralité du capital de l'établissement de crédit.

¹²³⁸ Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

général supérieur consistant à préserver la stabilité financière d'un État membre, voire de l'Union européenne, lequel devait primer sur les intérêts particuliers des associés.

L'injonction était cependant justifiée en l'espèce, car sans cette recapitalisation, il y avait un risque de « *perturbation grave de l'économie et du système financier d'un état membre* », laquelle menaçait la stabilité financière de l'Union. En l'espèce, le juge a admis la recapitalisation de la société en difficulté, sans passer par un organe judiciaire. Il est remarquable que dans cet arrêt, l'assemblée générale n'a pas voté l'augmentation de capital, cette opération n'a donc pu être réalisée que sur l'injonction du juge. Le droit de l'Union européenne admettrait ainsi que le pouvoir judiciaire ordonne l'augmentation de capital sans que l'assemblée générale ne donne son consentement, si cette recapitalisation est nécessaire pour éviter une perturbation grave de l'économie et du système financier de l'État membre. Cette argumentation concorde avec la condition émise par le législateur français qui vise pour sa part un trouble grave à l'économie, visé à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce. On remarque que plus le risque pour l'économie est important, plus l'interventionnisme judiciaire semble légitime.

Comme le suggèrent certains auteurs ¹²³⁹, la procédure pourrait se dérouler ainsi : « *l'administrateur judiciaire pourrait saisir le tribunal d'une demande tendant à ce que le jugement adoptant le plan tienne lieu de décision des assemblées des actionnaires décidant les modifications du capital et la suppression du droit préférentiel de souscription au profit d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan et à souscrire à cette augmentation de capital en numéraire* ».

Cette solution souhaitable marquerait un peu plus la distance entre le droit des sociétés et le droit des procédures collectives, ce dernier favorisant l'interventionnisme du juge, alors que le droit des sociétés a toujours tenu les juges à l'écart de la gestion de l'entreprise¹²⁴⁰. Un dispositif autoritaire, très attentatoire aux libertés et au droit de vote de l'associé, serait justifié par la protection de l'intérêt général. Néanmoins, seule l'imminence de la perturbation grave pour l'économie et du système financier d'un État devrait légitimer l'intervention prétorienne et la mise à l'écart de l'associé.

435. Conclusion Section I. L'entreprise qui subit une procédure collective nécessite des mesures d'urgence. Plus la situation de l'entreprise sera préoccupante plus les mesures seront coercitives envers l'associé. Il y a ainsi une corrélation entre la contrainte de l'associé et

¹²³⁹ Pour une décision judiciaire valant vote. V. en ce sens : DAMMAN (R.), PODEUR (G.), « Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, janv. 2015, p. 1, n°111.

¹²⁴⁰ Même dans le cadre d'un abus de minorité, le mandataire chargé de voter en lieu et place de l'associé opposant, ce qui évite de porter atteinte au principe de non immixtion caractérisée des juges dans la politique de l'entreprise.

les difficultés de l'entreprise, lesquelles constituent ainsi un premier fondement au principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

SECTION II

La participation de l'associé justifié par la préservation de l'entreprise

436. La sauvegarde des entreprises, finalité du droit des procédures collectives, s'impose également à l'associé. Le droit des procédures collectives s'est donc assez naturellement ouvert à l'idée de la soumission des intérêts de l'associé à ceux de l'entreprise. Il s'agit alors de relier le principe de participation de l'associé à la théorie de la société institution. En effet, la société entendue comme une « *institution* », défendant plusieurs intérêts, impose ce soutien financier de l'associé (§I). Dans le même ordre d'idée, l'intérêt social entendu comme un intérêt supérieur semble justifier les mesures coercitives à l'égard de l'associé sur le sens de son droit de vote (§II).

§I - La participation financière de l'associé justifiée par la préservation de la société institution

437. Selon l'article 1100-1 du Code civil : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* ». La société est assimilée à un contrat, voire à un acte unilatéral selon une certaine doctrine. Par de nombreux aspects, les contraintes pesant sur l'associé lors d'une procédure collective sont incompatibles à la conception contractuelle de la société (A). La participation financière de l'associé due à la société en difficulté paraît cependant conforme avec l'idée de société institution (B).

A) L'incompatibilité des théories contractuelles de la société avec le principe de participation

438. Les contraintes imposées à l'associé dans le cadre d'une procédure collective ont été instituées afin de favoriser le plan de continuation. Il convient d'étudier les différentes théories traitant de la nature de la société, en reprenant celles bâties sur le contrat de société (1) puis celles se fondant sur l'acte juridique collectif (2). Aucune de ces théories ne semblent en accord avec le principe d'implication de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise.

1 - Le rejet du contrat de société comme fondement

439. La théorie contractuelle défend l'idée que la société est un contrat n'impliquant que les associés, sans prise en compte de l'existence de la personne morale. Cette conception de la société ne semble pas compatible avec le principe de participation de l'associé prônant l'intérêt supérieur de l'entreprise.

Dans le cadre de la conception contractuelle de la société, l'associé contractant a uniquement des obligations envers les autres associés. Dans le cadre du sauvetage de la société en procédure collective, il est intéressant de confronter ce principe de secours de l'associé à la théorie du contrat de société.

440. **La nature hybride la société.** La société a une nature juridique hybride¹²⁴¹, à la fois contractuelle¹²⁴² et institutionnelle¹²⁴³. En effet, l'alinéa 1 de l'article 1832 dispose que « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat 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* ». Ce texte mentionne l'idée d'un contrat, mais également « *l'entreprise et l'institution* ». La société serait donc à la fois une institution et un contrat selon le Code civil¹²⁴⁴.

¹²⁴¹ La question se pose alors de savoir ce qu'est une société. L'emploi d'un même mot pour désigner des notions différentes est « *fâcheux* », d'autant plus que ce terme de société est employé « *pour désigner des contrats et des personnes de types très divers* » (GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), L.G.D.J., T. 2, 22^{ème} éd. 2017, n°1501, p. 9). La société aurait deux traits (ABELLE (J.), *La simulation dans la vie juridique et plus particulièrement dans le droit des sociétés*, th. 1938, p. 131), tantôt la société serait un contrat spécial entre les associés tel que définie par l'article 1832 alinéa 1 du Code civil, tantôt elle serait un rapport entre l'associé et la société personne morale elle-même. Cette dernière définition est celle la plus attendue par les fondateurs qui souhaite créer un patrimoine distinct du leur (SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°126, p. 68). Cela revient à poser la question de la société contrat ou institution ?

V. Sur la nature juridique de la société : GIBIRILA (D.), *Droit des sociétés*, coll. 100% droit, Ellipses, Paris, 6^{ème} éd. 2020, n°2 et s., p. 17 et s. ; MAY (J.-C.), « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., 2004, p. 122 ; BERTREL (J.-P.), « Le débat sur la nature juridique de la société », in *Droit et vie des affaires*, Mélanges en l'honneur de SAYAG (A.), Litec, 1997, p. 131 ; Dans le sens d'une nature juridique hybride : MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°72, p. 42 ; MERLE (P.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. précis Dalloz, Dalloz, 9^{ème} éd. 2003, n°23, p. 23 ; GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1517, p. 18 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°10, p. 3 ; GAILLARD, *La société anonyme de demain, théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, 2^{ème} éd. 1993 ; RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 2^{ème} éd. 1951, n°40 ; PRIEUR (J.), « Droit des contrats et droit des sociétés », étude SAYAG (A.), 1997, p. 371.

¹²⁴² Sur la contractualisation du droit des sociétés et sur son instrumentalisation : V. GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), *Du contrat en droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, préface de GASTAUD (J.-P.), 2008 ; POITRINAL (F.-D.), *La révolution contractuelle du droit des sociétés : dynamique et paradoxes*, Rev. Banque, éd. 2019 ; MESTRE (J.), « La société est ben encore un contrat », t. 2, Litec, in Mélanges en l'honneur de MOULY (C.), 1998, p. 131 ; CHAMPAUD (C.), « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1989, p. 125.

¹²⁴³ Cf. *Infra*. n°450.

¹²⁴⁴ Plus exactement comme un contrat spécial : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Assas, Édition Panthéon, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°202, p. 176 ; PEGLOW (K.),

441. La reconnaissance du contrat de société. La tradition romaine exprimait déjà cette idée selon laquelle la société est un contrat¹²⁴⁵. Tout le long du XIX^{ème} siècle, la nature contractuelle de la société n'a jamais été remise en cause. Cette conception de la société s'est avérée pourtant rapidement insuffisante à expliquer tous les aspects de la société¹²⁴⁶. Malgré les lacunes de cette théorie, l'alinéa 1 de l'article 1832 du Code civil affirme que la société a une nature contractuelle. Cette opinion est également celle d'une partie de la doctrine¹²⁴⁷ et de la jurisprudence¹²⁴⁸.

442. Le contrat de société source d'obligations. La société en tant que contrat est en adéquation avec la théorie de l'autonomie de la volonté. C'est dans cet accord de volontés que les obligations trouveraient leur source. En droit des sociétés, le régime conventionnel

Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés, th. T. 402, L.G.D.J., 2003, n°35, p. 25 ; LIBCHABER (R.), « La société, contrat spécial », *Prospective du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281.

¹²⁴⁵ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1517, p. 19.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ Pothier selon laquelle la société est un « *contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire en commun un profit honnête, dont elles s'obligent réciproquement de se rendre compte* » (POTHIER, *Du contrat de société*, n°1). Cette doctrine était également celle de Domat : « *La société est une convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle ils mettent en commun entre eux, ou tous leurs biens, ou une partie, ou quelque commerce, quelque ouvrage ou quelque autre affaire, pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain, ou souffrir de perte, de ce qu'ils auront mis en société* » (DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I, T. VIII, S. I.). Citons encore Savatier qui affirmait également cette nature contractuelle : « *Le contrat de société est celui par lequel plusieurs personnes s'accordent pour mettre en commun des biens, de la réunion desquels elles entendent tirer des bénéfices à partager entre elles. Il fonde ainsi, non seulement des créances et obligations, mais un corps juridiquement et économiquement durable. A ce corps aussi, on donne le nom de société* » (SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n°59, p. 66).

¹²⁴⁸ La nature institutionnelle a pu être confirmée par la cour d'appel de Reims et de Paris (CA Reims 24 avr. 1989, *Rev. Sociétés*, 1990, p. 77, note GUYON (Y.) ; *Gaz. Pal.* 24-26 sept. 1989, note FONTBRESSIN (de)(P.) ; CA Paris 26 mars 1966, *RTD Com.*, 1996, p. 349, note HOUIN (R.)).

Néanmoins, la Cour de cassation n'a jamais affirmé la nature institutionnelle de la société. Au contraire, elle tend plus à affirmer la nature contractuelle (MESTRE (J.), « La société est bien encore un contrat... », in *Mélanges en l'honneur de MOULY (C.)*, *Litac* 1998, p. 131), comme le démontre un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1994 (Cass. Com., 13 déc. 1994, *Aff. Du Midi Libre*, n°93-11.569 et n°93-12.349, *JCP*, 1995, éd. E, I, 447, n°4, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *Bull. Joly*, 1995, p. 153, §39, note LE CANNU (P.) ; *RJDA*, 3/95, p. 200, note LE NABASQUE (H.)) infirmant la solution rendue par la cour d'appel de Reims. À l'inverse de l'arrêt rendu par la cour d'appel, la Cour de cassation interdit aux juges de prononcer la cession forcée des titres des associés sauf dispositions légales ou statutaires contraire. La nature contractuelle de la société (Sur la volonté contractuelle et la naissance de la personnalité morale : GASTAUD (J.-P.), *Personnalité morale et droit subjectif*, th. L.G.D.J., préface de SORTAIS (J.-P.), 1977, n°17, p. 21) a donc été confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1996 (Cass. Com., 12 mars 1996, n°93-17.813, *Juris Data* n°1996-000817, *Bull. Civ.*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E*, 1996, I, 426, note BONNEAU (T.) et II, 831, note PACLOT (Y.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 28, note ANSAULT (J.-J.)). En ce sens, la Cour de cassation a énoncé expressément que les statuts « *constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations* » (Cass. Com., 8 mars 2005, n°02-17.692, *D.*, 2005, AJ, p. 839, obs. LIENHARD (A.) ; *Rev. Sociétés*, 2005, p. 618, note RANDOUX (D.) ; *Bull. Joly*, 2005, p. 995, note LE CANNU (P.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 28, note ANSAULT (J.-J.)). Cette solution découle de plusieurs jurisprudences qui ont pu notamment être invoquées dans le cadre de la compensation des dettes connexes (V. Art. L. 622-7, j 39, p. 1192 du Code de commerce de 2018). En effet, à défaut de connexité, entre la dette d'apport et la créance en compte courant de l'associé, la compensation est impossible, conformément à une jurisprudence constante (Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-15.298, *D.*, 1997, 762 ; *Bull. Joly*, 1997, 804, note CALENDINI (J.-B.) ; 18 janv. 2000, *Rev. Proc. Coll.*, 2002, 179, obs. LEBEL (C.) ; CA Paris, 3^e ch. C., 30 avr. 1998, *Dr. Sociétés*, 1999, n°12).

correspond aux obligations qui naissent des statuts¹²⁴⁹ ou de pactes extrastatutaires¹²⁵⁰. Monsieur Godon précise que : « *en tant que composantes du pacte social, les obligations statutaires (à la différence des obligations extrastatutaires) sont les seules au sein de l'ordre conventionnel à correspondre véritablement à des obligations d'associés s'imposant à ce titre à tous les signataires dudit pacte censés en avoir accepté les termes en ratifiant le contrat de société* »¹²⁵¹. Alors que les accords extrastatutaires « *ne font pas naître des obligations stricto sensu, mais plus exactement des engagements autonomes, pris par exemple à titre de vendeur (convention de garantie de passif, clause de non-concurrence, promesse de vente, clause de préemption, etc.) ou de prêteur (comptes courants d'associés)* »¹²⁵². Tous les associés sont donc soumis à des obligations, lesquelles font partie du contrat de société. Ces engagements vont se poursuivre après l'ouverture d'une procédure collective.

Cependant, les obligations pesant sur les associés aux termes des statuts peuvent s'avérer incompatibles avec l'idée d'une implication de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise. C'est le cas des statuts qui fixerait un terme à l'obligation de libération lequel se trouverait postérieur à l'ouverture de la procédure collective¹²⁵³. De plus, afin de garantir la survie de l'entreprise, le droit des procédures collectives prévoit également la possibilité d'évincer les associés-dirigeants¹²⁵⁴ et les associés¹²⁵⁵ de la société.

L'implication de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise contrevient, le cas échéant, au contrat de société. La théorie contractuelle de la société est donc peu compatible avec le principe de participation de l'associé.

443. Le principe de participation de l'associé dépassant les seuls intérêts des associés. Enfin, la participation de l'associé semble avoir une portée étendue au-delà des intérêts des associés. Il est notamment fait mention d'atteinte grave à l'économie dans l'article

¹²⁴⁹ Comme le précise monsieur Godon dans sa thèse : « *Physiquement, ces obligations contractuelles se localisent principalement dans les statuts de la société et dans le règlement intérieur de la société, voire dans des conventions particulières conclues entre tout ou partie des associés* » (GODON (L.), *Les obligations des associés*, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°11, p. 11).

¹²⁵⁰ Notons que ces obligations correspondent à la notion que l'on peut en dégager en droit des obligations. Alors que « *les mécanismes fondamentaux du droit des obligations deviennent impuissants à décrire les techniques du droit des sociétés* ». Le droit des sociétés a en effet une tendance à abandonner les règles du droit des obligations, au profit de nouvelles règles spécifiques, plus adaptées aux nécessités du droit des sociétés. Mais cela n'impacte pas la qualification des obligations découlant du pacte social : JEANTIN (M.), « Droit des obligations et droit des sociétés », in Mélanges en l'honneur de BOYER (L.), les presses de l'université Toulouse 1, 1996, p. 317, spéc. p. 325 ; PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. T. 402, L.G.D.J., 2003, n°35, p. 25.

¹²⁵¹ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, n°262, 1999, p. 171.

¹²⁵² *Ibid.*, n°264, p. 173.

¹²⁵³ C. Com. Art. L. 624-20.

¹²⁵⁴ C. Com. Art. L. 631-19-1.

¹²⁵⁵ C. Com. Art. L. 631-19-2.

L. 631-19-2 du Code de commerce. Le contrat de société qui se borne à recenser les obligations entre les associés ne peut encadrer et fonder l'idée d'une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

444. Si la société semble être avant tout un contrat lorsqu'elle est *in bonis*, cette conception semble devoir être relativisée en procédure collective¹²⁵⁶. La théorie contractuelle de la société ne permet pas de fonder l'idée d'une implication forcée de l'associé.

2 - Le rejet de l'acte juridique collectif comme fondement

445. Plusieurs auteurs préfèrent la théorie de l'acte juridique collectif à la théorie contractuelle pour fonder la nature juridique de la société. Si cette théorie semble davantage en cohérence avec l'idée d'un associé impliqué dans le sauvetage de l'entreprise, elle ne peut cependant en constituer l'assise car le législateur n'a pas consacré l'acte juridique collectif.

446. **L'acte juridique collectif comme nature juridique de la société.** La question de la nature juridique de la société oppose notamment deux doctrines, celle défendant la nature contractuelle et l'autre privilégiant celle de l'acte juridique collectif. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise peut arbitrer ce débat.

En premier lieu, il faut étudier les caractéristiques de l'acte juridique collectif, pour vérifier s'il peut servir de fondement à la société. Parmi les actes juridiques unilatéraux¹²⁵⁷, certains auteurs ont pu démontrer l'existence d'actes juridiques collectifs¹²⁵⁸.

Cette théorie, d'origine allemande, a été développée par monsieur Roujou de Boubée¹²⁵⁹. Elle

¹²⁵⁶ THALLER (E.), PERCEROU (J.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 1925, Rousseau 1031, n°220 ; COURET (A.), « Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1984, p. 243 ; MESTRE (J.), « La société est bien encore un contrat... », in *Mélanges en l'honneur de MOULY (C.)*, Litec 1998, p. 131 ; LIBCHABER (R.), « La société contrat spécial », in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec JEANTIN (M.), Dalloz, 1999, p. 281 ; SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêt dans la société anonyme*, th. Joly édition, 1999, p. 8 ; KADDOUCH (R.), *Le droit de vote des associés*, th. Aix-Marseille, 2001, p. XIII.

¹²⁵⁷ Selon l'article 1100-1 du Code civil, un acte juridique unilatéral peut faire naître des obligations. Ce nouvel article issu de l'ordonnance du 10 février 2016 (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) fait entrer l'acte juridique unilatéral dans la catégorie des sources des obligations.

¹²⁵⁸ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Paris, T. I, Sirey, COLIN (A.), 2014, n°507, p. 520 ; BERTREL (J.-B.), « Liberté contractuelle et société », *RTD Com.*, 1996, p. 595, n°29 ; ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, th. Toulouse, L.G.D.J., préface de MARTY (G.), 1961, p. 17.

¹²⁵⁹ ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, th. Toulouse, L.G.D.J., 1961, note 2, p. 8. Cet auteur cite : GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, p. 132. V. Également sur l'acte juridique collectif : PASTRE-BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif en droit privé français. Contribution à la classification des actes juridiques*, th. PUAM, préface de Cabrillac (R.), 2006.

s'apparente à bien des égards à celle de l'acte juridique unilatéral¹²⁶⁰.

Ainsi, appliquée à la société, elle permet à monsieur Grimaldi de considérer que la souscription de l'apport peut être analysée comme un acte juridique unilatéral¹²⁶¹, lequel peut être défini comme « *une manifestation de volonté par laquelle une personne agissant seule détermine des effets de droit* »¹²⁶². L'associé manifeste en effet sa volonté de constituer la société, dès lors que la société : « *peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne* ». La définition de l'acte juridique unilatéral semble ainsi correspondre à l'engagement que prend l'entrepreneur lors de la création d'une société unipersonnelle. Cependant, le Code civil emploie la notion de « *contrat de société* »¹²⁶³, contredisant une partie de la doctrine qui y voit un acte juridique collectif¹²⁶⁴.

Plusieurs auteurs constatent toutefois les lacunes de la notion de contrat pour qualifier la société¹²⁶⁵. Ils avancent en ce sens plusieurs arguments.

Une première incohérence peut être relevée sur la qualification même de contrat, notion qui repose sur un accord de volontés entre des parties ayant des intérêts différents¹²⁶⁶. Il est établi que cette opposition des intérêts est un caractère spécifique du contrat. Comme le mentionnent plusieurs auteurs : « *ce qui caractérise, en effet, le contrat, c'est qu'à partir de volontés dont le contenu est différent, il réalise un accord entre des intérêts antagonistes* »¹²⁶⁷.

¹²⁶⁰ GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, th. Defrénois, 2007, n°617, p. 266 ; GASTAUD (J.-P.), *Personnalité morale et droit subjectif*, th. L.G.D.J., préface de SORTAIS (J.-P.), 1977, n°17, p. 21.

¹²⁶¹ GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, th. Defrénois, 2007, n°617, p. 266.

¹²⁶² MASSART (F.), *Contrat de société*, Rép. Dr. Soc., Dalloz, juill. 2021, n°122.

¹²⁶³ C. Civ. Art. 1832.

¹²⁶⁴ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°163, p. 70 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, T. I, Sirey, COLIN (A.), éd. 2014, n°507, p. 520 ; GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, p. 6, n°5.

¹²⁶⁵ CHAMPAUD (C.), « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in CADET (L.), *Le Droit contemporain des contrats*, 1987, p. 125 ; ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, th. Toulouse, L.G.D.J., préface de MARTY (G.), 1961, p. 12 et 13 ; RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, n°40 ; SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique*, Paris, 2^{ème} éd. 1922, p. 431.

¹²⁶⁶ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, COLIN (A.), 2014, n°507, p. 520 ; ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, th. Toulouse, L.G.D.J., 1961, p. 209.

Monsieur Gomaa s'oppose à cette affirmation et suppose que ce n'est pas un critère spécifique mais seulement « *une conséquence de l'exigence d'un accord de deux volontés indépendantes* ». Ainsi, selon lui : « *L'opposition et l'égoïsme sont les cas que l'on rencontre le plus souvent et non les cas que l'on rencontre nécessairement* » : GOMAA (M.K. N.), *Théorie des sources de l'obligation*, th. L.G.D.J., 1968, n°12, p. 30.

¹²⁶⁷ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 16^{ème} éd. 2014, n°507, p. 520 ; Selon Duguit, chaque partie au contrat doit avoir des intérêts et une finalité antagoniste, dans la mesure où l'un est débiteur et l'autre est créancier : DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, 3^{ème} éd. 1927, n°38.

Comme le contrat, l'acte juridique collectif¹²⁶⁸ est un accord de volontés, mais à la différence du contrat, les parties visent un objectif commun¹²⁶⁹. L'acte juridique collectif peut ainsi être formé « *par ce que l'on peut appeler un faisceau de déclarations unilatérales de volontés* »¹²⁷⁰ tendant vers un même but. La qualification d'acte juridique collectif semble ainsi plus pertinente pour définir ce qu'est la société dès lors que les intérêts des associés sont convergents¹²⁷¹. Les volontés sont en effet orientées vers les mêmes objectifs : la création d'une personne morale, la recherche de bénéfices ou d'économies¹²⁷², c'est ce que traduit l'*affectio societatis* qui est un élément constitutif de la société¹²⁷³.

La théorie de l'acte juridique collectif paraît ainsi plus adaptée à la société.

La question se pose désormais de savoir si cette nature juridique correspond au principe apparu en droit des entreprises en difficulté, celui de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

Cette théorie de l'acte juridique collectif est souvent assimilée à la théorie contractualiste, pourtant elle consacre une vision purement institutionnelle de la société¹²⁷⁴. Le professeur Roujou de Boubée, qui a construit cette théorie, y fait d'ailleurs référence¹²⁷⁵. L'auteur explique que l'acte juridique collectif « *trouve, en effet, sa meilleure place au sein de la théorie de l'institution, dont il explique de façon parfaite certains mécanismes, en particulier celui de la communion active autour de l'Idée : tout au long de la vie de l'Institution, interviennent des manifestations de volonté commune formant un faisceau*

¹²⁶⁸ Sur la terminologie de l'acte juridique collectif, le terme de collectif, ne vise que la formation de l'acte (FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, COLIN (A.), 16^{ème} éd. 2014, n°502, p. 519).

¹²⁶⁹ ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, th. Toulouse, L.G.D.J., préface de MARTY (G.), 1961.

¹²⁷⁰ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, COLIN (A.), 16^{ème} éd. 2014, n°505, p. 519.

¹²⁷¹ V. également en ce sens : ESKINAZI (D.), *La qualité d'associé*, th. 2005, n°3, p. 3.

La problématique, c'est qu'afin d'atteindre ce but commun, des personnes peuvent être liées sans possibilité de refus par la décision d'une majorité, c'est le cas d'un vote majoritaire dans une assemblée générale. Les décisions sont l'œuvre du plus grand nombre dans un groupement déterminé. Cette situation se rencontre par le vote des assemblées d'une association, d'un syndicat ou d'une société. La majorité lie la minorité et la décision prise peut faire naître des obligations, suite notamment à l'insertion d'une nouvelle clause dans les statuts (FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, COLIN (A.), 16^{ème} éd. 2014). Cette soumission au vote de la majorité n'est autre que l'engagement pris par les associés d'adhérer au groupement. Cependant, l'adhésion au groupement n'est pas toujours consentie par ses membres, c'est par exemple le cas des comités de créanciers en droit des entreprises en difficulté qui sont quand même soumis au vote de la majorité de leur membre.

¹²⁷² LUCAS (F.-X.), *théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes*, Juris-Cl., Fasc. 15-10, nov. 2015.

¹²⁷³ ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, th. Toulouse, L.G.D.J., préface de MARTY (G.), 1961, p. 66 et 67.

¹²⁷⁴ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°185, p. 164.

¹²⁷⁵ ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, th. Toulouse, L.G.D.J., préface de MARTY (G.), 1961, p. 199.

consensuel, unies par un lien de procédure en vue de la réalisation d'une Idée »¹²⁷⁶. Ainsi, la poursuite d'un projet commun par les associés reflète idéalement l'idée d'institution.

La société peut en effet être qualifiée d'institution, dans la mesure où elle est le résultat de règles préétablies auxquelles les associés vont adhérer postérieurement à la constitution. Dans la théorie de l'institution, l'intérêt social renvoie à celui de la personne morale, lequel domine l'intérêt des associés¹²⁷⁷. C'est cette même idée qui ressort des nouvelles dispositions du droit des procédures collectives visant l'associé.

La théorie de l'acte juridique collectif comme qualification de la société semble donc plus en lien avec l'évolution actuelle du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté, impliquant l'associé dans le sauvetage de la société.

447. L'acte juridique collectif non reconnu par le droit positif. Ainsi et en contradiction avec ce qui a été retenu par le Code civil, il paraîtrait pertinent d'abandonner la qualification de contrat en tant que nature juridique de la société, au profit de l'acte juridique collectif. Cette qualification semble d'autant plus opportune depuis l'ordonnance du 10 février 2016¹²⁷⁸. En effet, la reconnaissance de l'acte juridique unilatéral comme source d'obligations a marqué une avancée vers la reconnaissance de l'acte juridique collectif comme source d'obligations¹²⁷⁹.

Néanmoins, l'acte juridique collectif n'est toujours pas reconnu par le droit positif. Il était pourtant mentionné dans l'avant-projet Catala mais cette proposition n'a pas été reprise¹²⁸⁰. Il faut donc y voir le refus du législateur de reconnaître l'acte juridique collectif, lequel ne peut donc être retenu comme source de la participation de l'associé.

448. La volonté de l'associé d'entrer dans la société peut être considérée comme un acte juridique, lequel va créer à son égard de multiples obligations qui peuvent être instrumentalisées pour secourir l'entreprise en difficulté. Cette idée de protection d'un intérêt supérieur semble cohérente avec la théorie de la société institution.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 236.

¹²⁷⁷ Cf. *Infra*. n°454.

¹²⁷⁸ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹²⁷⁹ « Dans le silence de l'ordonnance de 2016, on peut donc se demander si la notion d'acte unilatéral, telle qu'elle est désormais reconnue par l'article 1101-1, englobe ces actes collectifs, qui seraient donc une variété d'actes unilatéraux, ou bien s'ils pourraient être qualifiés de conventions, distingués du contrat » : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°166, p. 71.

¹²⁸⁰ Selon l'alinéa 4 de l'article 1101-1 de l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription : « L'acte juridique collectif est la décision prise collégalement par les membres d'une collectivité » : CATALA (P.), *Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, rapport, Ministère de la justice, la documentation française, 2006, p. 77.

B) La participation financière de l'associé expliquée par les théories prônant la défense d'un intérêt supérieur

449. Le sauvetage de l'entreprise constitue le fondement et l'objectif premier des contraintes imposées à l'associé en droit des entreprises en difficulté. La société est alors perçue comme le centre de multiples intérêts, notamment économiques, lesquels doivent être sauvegardés, même au prix de certains sacrifices imposés aux associés. Le principe de participation de l'associé vient ainsi appuyer l'idée de la société institution (1). Il est également intéressant d'évoquer la théorie du risque, dont l'implication de l'associé dans le sauvetage de la société semble être une manifestation (2).

1 - La participation financière de l'associé justifiée par la théorie de l'institution

450. La préservation de la société sert l'ordre public économique. Ces différentes contraintes mises à la charge de l'associé en procédure collective et la possibilité de l'évincer pour protéger la société institution, affirment l'intérêt prééminent de l'entreprise sur celui de l'associé.

451. **La nature institutionnelle de la société.** La nature institutionnelle de la société apparaît notamment à l'article 1832 du Code civil, lequel dispose que : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat 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* ». On note ainsi que l'article 1832 du Code civil utilise désormais le verbe « *instaurer* » plutôt que celui de « *constituer* »¹²⁸¹. Il ressort ainsi de la définition de la société une nature contractuelle¹²⁸²

¹²⁸¹ Selon le professeur Guyon, l'ajout de cette mention reposerait sur l'apparition de la société unipersonnelle et non sur une volonté du législateur de faire de la société une institution (GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°8, p. 22).

¹²⁸² Hauriou reconnaît l'application du contrat. Il parle de « *composés hybrides* » (HAURIOU (M.), « L'institution et le droit statutaire », 1906, t. 2, Recueil de Législation de Toulouse, p. 173). Néanmoins, il s'oppose à la relation contractuelle entre associés (BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°172, p. 153). Néanmoins, Hauriou semble reconnaître entre la société et l'associé « *des rapports de droit de créance* » (HAURIOU (M.), « L'institution et le droit statutaire », 1906, t. 2, Recueil de Législation de Toulouse, p. 181). Selon Buchberger : « *Il reconnaît expressément l'existence d'une créance de la société sur l'associé qui n'a pas entièrement libéré son apport, et qualifie de créance contre la société le droit aux dividendes de l'actionnaire* » (BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°172, p. 154). Malgré cela Hauriou refuse la qualification de contrat, entre l'associé et la société, et dit que cela fait partie de la simple gestion. Contrairement à Buchberger qui considère qu'il est possible d'admettre l'existence d'un contrat au stade de la formation

et institutionnelle¹²⁸³. Avant de chercher à confronter cette théorie de l'institution aux dispositions touchant l'associé en droit des entreprises en difficulté, il convient d'en rappeler les fondements et les caractéristiques.

452. La participation de l'associé justifiée par les caractéristiques de l'institution. C'est Hauriou qui est à l'origine de cette théorie de l'institution¹²⁸⁴. Toutefois, la théorie telle que pensée par Hauriou comporte certaines lacunes.

Cette conception de la société, en tant qu'institution, fut critiquée par plusieurs auteurs¹²⁸⁵, notamment à cause de son caractère trop général¹²⁸⁶. Il est en effet difficile d'en donner une définition. Hauriou considère que l'institution serait caractérisée par « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de cette idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* »¹²⁸⁷. Bien qu'imprécise, cette définition est en cohérence avec celle de la société qui est instituée pour poursuivre une entreprise commune selon l'article 1832 du Code civil.

Il convient de préciser qu'Hauriou fait appel à la fondation pour définir ce qu'est l'institution. En effet, selon lui, la fondation serait composée de quatre éléments¹²⁸⁸ : « *manifestation de volonté commune avec intention de fonder ; la rédaction des statuts ; l'organisation de fait de l'institution corporative ; la reconnaissance de sa personnalité juridique* »¹²⁸⁹. La fondation aurait effectivement plusieurs points communs avec la société. En effet, si l'on s'intéresse à ces éléments, le premier rappelle l'acte juridique collectif, qui a pu notamment être évoqué comme l'une des possibles sources de la création d'une société. De plus, la fondation serait le regroupement de diverses volontés,

(BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°171, p. 153).

¹²⁸³ MERLE (P.), FAUCHON (A.) (Collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, Paris, 24^{ème} éd. 2020-2021, n°32, p. 44 ; GAILLARD, *La société anonyme de demain, la théorie de l'institutionnelle et fonctionnement de la société anonyme*, 2^{ème} éd. 1993.

¹²⁸⁴ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th., T. 402, L.G.D.J., 2003, n°792, p. 450.

¹²⁸⁵ LYON-CAEN (C.), RENAULT (L.), *Traité de Droit commercial*, Paris, T. 2, 2^{ème} éd. 1899, n°11.

¹²⁸⁶ MERLE (P.), FAUCHON (A.) (Collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. précis Dalloz, Dalloz, Paris, 24^{ème} éd. 2020-2021, n°32, p. 44.

¹²⁸⁷ HAURIU (M.), *La théorie de l'institution et de la fondation*, La cité moderne et les transformations du droit, Cahier de la nouvelle journée, 1925, p. 10 et 12.

¹²⁸⁸ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°174, p. 155.

¹²⁸⁹ HAURIU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation », Cahier de la Nouvelle journée, n°4, 1925, p. 120.

rattachées par cette « *idée d'œuvre* »¹²⁹⁰. Les autres éléments, qui constituent la fondation, peuvent aussi être rattachés à la société. Il en est ainsi de la rédaction des statuts, de la nomination d'organes assurant la direction de la société ou encore de l'acquisition de la personnalité morale. Ces différents éléments permettent d'affirmer le caractère institutionnel de la société même si, selon monsieur Buchberger, cette comparaison ne semble pas opportune puisque l'on se perd entre l'institution, la fondation, et la personne morale¹²⁹¹...

Ces quelques imprécisions permettent de comprendre pourquoi les auteurs modernes n'appliquent pas à la lettre la théorie de l'institution telle que présentée par Hauriou¹²⁹². Dans sa thèse, Emile Gaillard fut le premier à appliquer cette théorie à la société¹²⁹³. Il n'applique pas exactement la théorie d'Hauriou mais s'en inspire pour fonder sa propre théorie. La présentation de l'institution dans les écrits modernes est en général assez brève. Les auteurs se contentent souvent des conclusions tirées par Emile Gaillard dans sa thèse¹²⁹⁴. Ils vont adapter la théorie d'Hauriou. Il en est ainsi du professeur Merle, qui considère que : « *L'institution est un ensemble de règles qui organisent de façon impérative et durable un groupement de personnes autour d'un but déterminé ; les droits et intérêts privés sont subordonnés au but social qu'il s'agit d'atteindre* »¹²⁹⁵. Le professeur Merle note la subordination des intérêts privés au but à atteindre. L'injonction faite à l'associé d'aider l'entreprise manifeste aussi une subordination des intérêts privés des associés au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

Ces différentes définitions ajoutent à la confusion et à l'imprécision qui existe sur la notion d'institution, laquelle reste toutefois très présente dans notre droit positif. Ainsi, si l'on fait une synthèse de ces écrits, l'institution serait caractérisée par : « *la durée, l'idée d'entreprise qui entraîne une " subordination durable des droits et des intérêts privés aux fins qu'il s'agit de réaliser "* »¹²⁹⁶. On retiendra alors ces deux critères, la durée et la subordination des intérêts privés à ceux de l'entreprise, pour démontrer que la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise répond à l'idée de la société institution.

¹²⁹⁰ Cette idée renvoie à l'acte juridique collectif : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°175, p. 156.

¹²⁹¹ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°175, p. 156.

¹²⁹² V. Notamment. BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°175, p. 156.

¹²⁹³ GAILLARD (E.), *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon. 1932.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ MERLE (P.), FAUCHON (A.)(Collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. précis Dalloz, Dalloz, Paris, 24^{ème} éd. 2020-2021, n°32, p. 44.

¹²⁹⁶ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°176, p. 157.

453. L'institution caractérisée par sa durée. Il est impératif de veiller à la pérennité de la société porteuse d'enjeux économiques. Le professeur Merle considère que l'institution est « *un ensemble de règles qui organisent de manière impérative et durable un groupement de personnes autour d'un but déterminé* »¹²⁹⁷. La théorie de l'institution est marquée par cette idée de durée¹²⁹⁸. Ainsi, l'institution demeure dans le temps « *malgré le renouvellement continu de la matière humaine, qu'elle contient* »¹²⁹⁹. La préservation de la théorie de l'institution et les enjeux qu'elle porte peuvent justifier la volonté du législateur de réduire le nombre de liquidations d'entreprises¹³⁰⁰.

L'émergence de ce principe de participation de l'associé peut ainsi être fondée sur la nature institutionnelle de la société qui tend à sauvegarder et assurer la continuité de la société.

454. L'institution caractérisée par la défense d'un intérêt supérieur. Outre la durée, plusieurs auteurs notent une prédominance de la sauvegarde de l'institution sur les intérêts privés.

Citons notamment Peglow, pour qui : « *Dans l'ensemble, la « société-institution » a le mérite de dépasser l'intérêt de chaque associé au profit de l'intérêt social et, malgré les changements de personnes, à assurer une stabilité et une complexité à la société que ne peuvent atteindre les contrats ordinaires* »¹³⁰¹¹³⁰². Les associés peuvent en effet être évincés s'ils ne respectent pas leurs obligations ou leurs devoirs, afin de préserver l'institution.

L'exclusion d'un associé par le droit des entreprises en difficulté plaide ainsi en faveur de la théorie institutionnelle.¹³⁰³ En ce sens, le droit des procédures collectives prévoit l'éviction de l'associé dirigeant, si le ministère public demande au tribunal de subordonner l'adoption du plan à la cession forcée des droits sociaux de celui-ci¹³⁰⁴. Afin d'assurer la pérennité de l'entreprise, l'associé pourra encore être sacrifié, si celui-ci s'oppose à une augmentation de

¹²⁹⁷ MERLE (P.), FAUCHON (A.) (Collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, Paris, 24^{ème} éd. 2020-2021, n°32, p. 44.

¹²⁹⁸ CHAPUT (Y.), DE BOISSIEU (C.), « Conclusion de la voie de l'économiste et du juriste », in SAYAG (A.) (Dir.), JEANTIN (M.) (Dir.), *L'endettement mode de financement des entreprises*, 1997, CREDA, p. 405, spéc. n°684 ; CROCQ (P.), *propriété et garantie*, th. L.G.D.J., 1995, p. 301 ; DEPALLENS (G.), JOBARD (J.-P.), *Gestion financière de l'entreprise*, Sirey, 10^{ème} éd. 1990, p. 280.

¹²⁹⁹ AITALI (M.), *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse, 2010, n°27, p. 55 ; HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1927, p. 73.

¹³⁰⁰ JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd. 1994, n°20 ; ESKINAZI (D.), *La qualité d'associé*, th. 2005, n°3, p. 3.

¹³⁰¹ DIDIER (P.), *Encyclopédie juridique*, Rép. Dr. Soc., Dalloz, 1985, V° Société.

¹³⁰² PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. T. 402, L.G.D.J., 2003, n°452, p. 275.

¹³⁰³ Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 novembre 1999 va dans ce sens (CA Paris, 5 nov. 1999, JurisData n°1999-112360). Afin de protéger l'intérêt de la société, la cour a admis une révocation des dirigeants pour cause de mésentente. Il ne s'agit ici que d'une révocation d'un des gérants, mais cette éviction pour des motifs d'intérêt social démontre la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise.

¹³⁰⁴ C. Com. Art. L. 631-19-1.

capital nécessaire à la survie de l'entreprise, conformément à l'article L. 631-19-2, 2° du Code de commerce.

La volonté du législateur de défendre les intérêts de la société institution plutôt que ceux des associés apparaît clairement dans le contexte d'une procédure collective. La nature institutionnelle de société explique les contraintes mises à la charge de l'associé en droit des entreprises en difficulté.

Par voie de conséquence, les caractéristiques de la société institution permettent de justifier la participation contrainte de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

455. La participation de l'associé justifiée par son opposition au contrat de société. Enfin, il a été démontré que la théorie contractuelle apparaissait, sur certains points, contraire au principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté¹³⁰⁵, lequel semble davantage concorder avec la théorie de la société institution.

En effet, « *l'institution s'oppose au contrat* »¹³⁰⁶. Le professeur Didier a même supposé que tout ce qui ne peut être expliqué par le droit des contrats est institutionnel¹³⁰⁷. L'institution jouerait alors un rôle subsidiaire. Le principe de participation de l'associé ne pouvant être justifié par la théorie contractuelle ; alors suivant ce principe, il serait fondé par la théorie de l'institution. Il convient toutefois d'en faire une démonstration plus directe.

La naissance d'une institution suppose un corps de règles déjà établi¹³⁰⁸, une opération de fondation qui s'ajoute à l'opération contractuelle¹³⁰⁹. La théorie institutionnelle impose des limites à l'autonomie de la volonté. Ces règles sont impératives et durables. Les parties choisissent un corpus de règles à appliquer. La distinction entre l'institution et le contrat pourrait être faite, notamment en fonction de la liberté ou non qui est accordée aux parties. Les mesures coercitives prévues par le droit de entreprises en difficulté à l'égard de l'associé concordent avec cette idée de l'institution.

Sous réserve du respect de l'ordre public¹³¹⁰, lorsqu'il y a un contrat, les parties décident

¹³⁰⁵ Cf. *Supra*. n°439.

¹³⁰⁶ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1518, p. 19.

¹³⁰⁷ DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation » in *L'avenir du droit*, in Mélanges en l'honneur de TERRE (F.), D., PUF, Juris-Cl., éd. 1999, p. 635, spéc. p. 636.

¹³⁰⁸ Monsieur Gaillard considère d'ailleurs que l'institution née du contrat : GAILLARD (E.), *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon, 1932, p. 37.

¹³⁰⁹ HAURIOU (M.), *La théorie de l'institution et de la fondation*, La cité moderne et les transformations du droit, 1925, Cahier de la nouvelle journée, n°4, p. 36.

¹³¹⁰ C. Civ. Art. 6 et 1134.

librement des obligations qui les unissent¹³¹¹. Comme dans tout contrat, la liberté est le principe¹³¹². Les associés optent pour un choix primaire qu'ils peuvent compléter par des décisions collectives ou individuelles. L'institution se distingue du contrat car les règles sont impératives, elles ne peuvent être changées¹³¹³. Dans le cadre d'une institution, les parties adoptent ou refusent un ensemble de règles. La liberté fait ainsi exception à la théorie de l'institution.

Monsieur Buchberger résume bien l'application de ce double fondement contractuel et institutionnel. Il considère à propos de la société que : « *Son fondement est principalement contractuel ; son fonctionnement est institutionnel avec quelques touches de contractuel ; le tout varie au gré des situations et selon le type de sociétés* »¹³¹⁴. En effet, les associés disposent librement de leurs droits lorsque la société ne subit pas de difficultés. En revanche, les enjeux du sauvetage de l'entreprise en difficulté imposent des mesures autoritaires portant parfois atteinte au libre exercice de ces droits.

Les dispositions impératives, d'origines légales, forment l'essence de la théorie institutionnelle : plus la société est encadrée, plus le caractère institutionnel est marqué. La société anonyme a donc un caractère plus institutionnel que les autres sociétés, à l'inverse de la société par actions simplifiée qui a été vue comme une « *recontractualisation* » du droit des sociétés. Il est notable que les fondateurs n'ont le choix qu'entre des formes sociales déjà réglementées par le législateur. Si la société n'était que contractuelle, il n'y aurait donc que des sociétés innommées, dont le régime serait défini par les seules parties au contrat de société. Ainsi, selon le professeur Guyon : « *Cette liberté serait dangereuse car les sociétés, dans la mesure où elles entrent en relation avec les tiers, doivent présenter une certaine uniformité* »¹³¹⁵. L'acte de société prévoit les rapports entre les associés, mais il produit également des effets envers les tiers. L'idée dominante serait que les règles uniformes qui sont appliquées aux sociétés servent à garantir une bonne protection des tiers.

C'est cette même idée qui ressort du principe de participation de l'associé au sauvetage de

¹³¹¹ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. T. 402, L.G.D.J., 2003, n°794, p. 451.

¹³¹² GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°8, p. 20.

¹³¹³ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°178, p. 158.

¹³¹⁴ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°178, p. 159.

¹³¹⁵ GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de GHESTIN (J.), L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n° 16, p. 37.

l'entreprise en difficulté. L'associé, alors libre d'exercer ses droits selon son intérêt, doit en procédure collective prendre en considération les parties prenantes. Les dispositions du droit des entreprises en difficulté visant l'associé viennent alors assurer une certaine protection des tiers. La nature institutionnelle de la société ressort ainsi clairement de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

456. Par voie de conséquence, même si la société est classiquement présentée comme un contrat, elle a également une face institutionnelle. Plusieurs dispositions servent en effet à organiser son fonctionnement : les assemblées générales¹³¹⁶, la nomination des dirigeants¹³¹⁷, les mentions obligatoires dans les statuts¹³¹⁸ ... Le fait que le législateur ait prévu des dispositions impératives à l'égard des membres de la société, lors de sa constitution ou de son fonctionnement même lorsque celle-ci est en procédure collective, plaide davantage en faveur de la société institution que de la société contrat¹³¹⁹. On rejoindra Guyon qui pense que « *la société a une nature plus institutionnelle que contractuelle* »¹³²⁰. L'émergence d'un principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté conforte cette idée. Cette évolution marque la volonté du législateur d'encadrer le contrat de société et de responsabiliser les associés au bénéfice des enjeux économiques et sociaux. La société entendue comme une institution dépasserait alors les intérêts privés de ses associés. Elle instaure donc une hiérarchie entre les différents intérêts qu'elle représente¹³²¹.

¹³¹⁶ Le droit de vote qui est une charge doit être conféré « *en vue de l'intérêt social* ». La théorie de l'institution interviendrait comme un « *joker* » lorsqu'une décision non équitable est prise et que l'on ne peut l'expliquer : GAILLARD (E.), *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon, 1932, p. 56 et p. 79.

¹³¹⁷ Le dirigeant, organe social, atteste de la nature institutionnelle de la société. Leurs compétences sont trop singulières pour être résumées à un simple contrat de mandat (MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°163, p. 75). Les dirigeants ont notamment une fonction déterminée, ils doivent assurer la réalisation du but social. Le dirigeant dispose à cette fin d'un pouvoir, ce qui implique qu'il ait des responsabilités (SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°411, p. 196 ; PAILLUSSEAU (J.), « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, 19 juin 1996, n°74, p. 26). Il est alors traité non pas comme un mandataire, mais comme un simple organe chargé d'assurer la réalisation du but commun (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, nos°417 et s., p. 171.).

¹³¹⁸ C. Civ. Art. 1835 et C. Com. Art. 210-2 pour les sociétés commerciales.

¹³¹⁹ GUYON (Y.), *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°8, p. 21.

¹³²⁰ *Ibid.*

¹³²¹ MARTIN (D.), « L'exclusion d'un associé », *RJ Com.*, n°spécial nov., p. 97.

2 - La participation financière de l'associé expliquée par la théorie du risque

457. Certains faits pourtant non fautifs peuvent entraîner la responsabilité de leurs auteurs en cas de dommage. En raison du risque pour l'économie que peut causer la disparition de la société, l'associé serait alors responsable et aurait pour obligation de tenir ses engagements et de financer la société.

458. **La théorie du risque.** La faute a été pendant longtemps considérée comme l'unique élément déclencheur d'obligations dans le cadre d'un fait juridique. Désormais, il est acquis que dans certaines situations, l'obligation de réparation ne serait pas fondée sur le comportement de l'agent. La création de certaines obligations ne dépend pas de la commission d'un délit ou d'un quasi délit¹³²², mais de la prévention d'un danger. Le législateur a d'ailleurs élargi ces hypothèses de responsabilité nées en dehors d'une faute à travers les anciens articles 1384¹³²³, 1385¹³²⁴ et 1386 alinéa 1¹³²⁵ du Code civil.

Plusieurs cas démontrent un élargissement du fondement de la responsabilité fondée sur un risque¹³²⁶. En effet, la théorie du risque est « *la doctrine qui fonde la responsabilité civile sur l'idée que celui qui tire profit d'une activité doit réparer les dommages qu'elle occasionne. La théorie du risque, instituée par Raymond Saleilles (1855-1912) permet d'engager, en droit civil, la responsabilité d'un individu, sans avoir à rechercher une faute de sa part, la réparation du dommage subi par la victime étant la priorité* »¹³²⁷. Ainsi, en dehors de toute faute de l'associé, celui-ci devrait réparer le dommage subi par les parties prenantes du fait des difficultés l'entreprise et notamment du risque pour l'économie de la disparition de l'entreprise.

Cette idée de risque s'est développée au début du XX^{ème} siècle, et plus exactement dans les années 1920, avec une série de réformes touchant les exploitations agricoles avec la loi du 30 juin 1899¹³²⁸, les entreprises commerciales avec la loi du 12 avril 1906, les exploitations forestières et 1914, puis enfin la loi du 12 août 1923 qui a pris en compte « *les domestiques, gens*

¹³²² V. GOMAA (M.K. N.), *Théorie des sources de l'obligation*, th. L.G.D.J., 1968, n°105, p. 118.

¹³²³ C. Civ. Art. 1384 : « *On est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* »

¹³²⁴ C. Civ. Art. 1385 : « *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé* ».

¹³²⁵ C. Civ. Art. 1386 : « *Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction* ».

¹³²⁶ GOMAA (M.K. N.), *Théorie des sources de l'obligation*, th. L.G.D.J., 1968, n°105, p. 118, et n°106, p. 119.

¹³²⁷ TEBOUL (G.), « *La prise de risque en droit des affaires* », *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2014, n°354, p. 3.

¹³²⁸ Renforcée par la loi du 15 décembre 1922 étendant aux exploitations agricoles la législation sur les accidents du travail.

de maisons... »¹³²⁹. En matière de victime d'accident du travail, l'ouvrier ne pouvait être indemnisé que s'il arrivait à démontrer une faute de l'employeur. Ce qui n'était pas le cas dans une majorité des cas.

C'est ce qu'avaient relevé les travaux préparatoires de la loi du 9 avril 1898¹³³⁰. Le secteur industriel et le développement du machinisme a accentué les causes d'accidents du travail. Depuis cette loi du 9 avril 1898, l'employeur doit prendre en charge une partie de la réparation du dommage subi par son salarié¹³³¹. L'obligation de réparer le dommage pèse sur l'entreprise. L'entité économique est alors considérée comme une personne responsable des dommages qui peuvent subvenir lors de son fonctionnement. L'indemnisation de ce dommage sera alors portée par l'assurance de l'entreprise¹³³². Selon Becque : « *Autant la conception du risque créée est dangereuse comme fondement de la responsabilité d'individu à individu, autant l'idée de répartition du risque collectif est féconde et équitable* »¹³³³.

459. L'associé responsable d'un risque pour l'économie. Il est alors permis de fonder la responsabilité financière de l'associé sur le risque qu'il fait peser sur l'économie. C'est ce risque de la disparition de l'entreprise qui va imposer à l'associé d'apporter le financement dû à la société dans le cadre de son obligation de libération ou de reconstitution des capitaux propres, sans qu'il y ait besoin de démontrer que celui-ci a commis une faute. L'obligation naîtrait du seul fait de ce risque pour l'économie.

Cette atteinte à l'économie est d'ailleurs souvent une condition à l'exigence d'une implication de l'associé. Les dispositifs de « *dilution forcée* » ou de « *cession forcée* », prévus à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, ne sont applicables que si la disparition de la société fait courir un risque significatif pour l'économie.

Toutefois, toutes les manifestations de la participation contrainte de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté ne sont pas expressément conditionnées par une atteinte grave à l'économie. L'article L. 624-20 du Code de commerce s'applique à toutes les sociétés sans condition de taille et donc de l'ampleur du risque pour l'économie. Le simple sauvetage de l'entreprise présente un intérêt général. Ainsi, si l'on considère que la liquidation d'une société constitue un risque pour l'économie sans considération de sa taille, alors la théorie du risque pourrait fonder la responsabilité financière de l'associé de venir en aide à l'entreprise en

¹³²⁹ ASTRUC (L.), *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, th. Lyon, 1929, p. 49.

¹³³⁰ *Ibid.*, p. 45.

¹³³¹ *Ibid.*, p. 45.

¹³³² *Ibid.*, p. 63.

¹³³³ BECQUE, *De la responsabilité qui incombe à une personne à raison du dommage causé par une autre*, th. 1912.

difficulté.

460. Ainsi, il convient de retenir l'idée de la protection d'un intérêt supérieur comme justification de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Ce principe de participation de l'associé pourra être justifié dans ce cas par l'intérêt social entendu comme l'intérêt de l'entreprise.

§II - L'exercice du droit de vote, une manifestation de la participation de l'associé guidée par l'intérêt de l'entreprise

461. Le droit de vote est une manifestation du droit de chaque associé à participer aux décisions collectives, conformément à l'article 1844 du Code civil. En droit des entreprises en difficulté, les droits politiques de l'associé se trouvent limités par les nouvelles mesures lui instaurant une participation contrainte en vue de la préservation de l'intérêt social.

462. La loi ne définit pas l'intérêt social. Néanmoins cette notion a récemment été introduite à l'article 1833 du Code civil, lequel précise qu'il doit prendre en considération « *les enjeux sociaux et environnementaux* ». La prise en compte de ces enjeux correspond à la finalité des mesures imposant à l'associé d'aider l'entreprise en difficulté. Cette nouvelle conception de l'intérêt social pourrait ainsi justifier le principe de participation de l'associé. Cependant, il reste à savoir si ce texte vise les associés ou les organes de directions (**A**). En outre, en l'absence de définition, la doctrine a avancé plusieurs théories pour expliquer la notion d'intérêt social. Dans le contexte d'une entreprise en procédure collective, les associés semblent devoir prendre en considération l'intérêt de l'entreprise avant leur propre intérêt (**B**).

A) L'intérêt social, garant des enjeux sociaux et environnementaux, comme justification du principe de participation de l'associé

463. La loi du 22 mai 2019 apporte des précisions sur la notion d'intérêt social. Cette nouvelle loi modifie l'article 1833 du Code civil qui dispose désormais que : « *La société doit être gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* », ce qui rejoint l'idée d'un devoir de secours de l'associé fondé sur la préservation des enjeux sociaux.

464. L'intérêt social introduit par la loi PACTE. Le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, dit loi PACTE, a été présenté le 18 juin 2018 en conseil des ministres¹³³⁴. Cette loi a pour objectif de favoriser « *le développement d'une économie de marché responsable* ». Il s'agit revoir l'esprit du droit des sociétés « *conçue comme une simple machine à dégager des profits au seul bénéfice des actionnaires et de lui reconnaître un intérêt propre, voire supérieur* »¹³³⁵. Elle vient modifier le droit des sociétés en lui donnant une dose de « *collectif* »¹³³⁶, dans ce qui était jusqu'à peu de temps, un droit vecteur des seuls intérêts privés.

Plusieurs articles ont ainsi été modifiés¹³³⁷, faisant notamment entrer la notion d'intérêt social en droit des sociétés. La loi PACTE vient consacrer l'intérêt social au sein du Code civil et du Code de commerce¹³³⁸.

En effet, l'article 1833 du Code civil dispose désormais que : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Cette référence à l'intérêt social se retrouve également à l'article L. 225-35 du Code de commerce, qui dispose que : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». On remarque toutefois que le législateur n'a pas défini ce qu'est l'intérêt social.

465. L'absence de définition de l'intérêt social. L'intérêt social est une « *notion fondamentale* »¹³³⁹ du droit des sociétés. Cependant, l'intérêt social reste une notion aux contours « *aléatoires* »¹³⁴⁰, malgré les nombreux travaux de la doctrine sur ce sujet¹³⁴¹ et sa présence dans

¹³³⁴ Cette loi fait suite au rapport Notat-Sénard publié le 9 mars 2018 et intitulé « L'entreprise, objet d'intérêt collectif » : V. Sur la loi PACTE et le droit des sociétés : « Mesure de droit des sociétés du projet de la loi PACTE », *BJS*, juill. 2018, n°7-8, p. 395.

¹³³⁵ HEINICH (J.), « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 568.

¹³³⁶ BOMMIER (L.), « L'entreprise dans la société, et vice versa », *LPA*, oct. 2018, n°209, p. 6.

¹³³⁷ Dans le Code civil, se sont les articles 1833, 1835 et 1844-10 qui ont été modifiés ; Dans le Code de commerce, ceux sont les articles L. 225-35 et L. 225-64.

¹³³⁸ V. MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, coll. Le Cours, Dalloz, Paris, 9^{ème} éd. 2019, nos 33 et s., p. 27 et s. ; PORACCHIA (D.), « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS*, n°6, juin 2019, n°119, p. 40 ; TADROS (A.), « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.*, 2018, p. 1765.

¹³³⁹ BAILLY-MASSON (C.), « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 9 nov. 2000, p. 6.

¹³⁴⁰ BASUYAUX (B.), « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA*, 6 janv. 2005, n°4, p. 3.

¹³⁴¹ PORACCHIA (D.), MARTIN (D.), « Regards sur l'intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2012, n°475 ; ROUSSEAU (S.), TCHOOUTOURIAN (I.), « L'intérêt social en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2009, 735 ; MARTIN (D.), « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social en droit des sociétés ? », in *Mélanges en l'honneur de SCHMIDT (D.)*, 2005, p. 359 ; GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), « La définition de l'intérêt social », *RTD Com.*, 2004, 35 ; CONSTANTIN (A.), « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mélanges en l'honneur de MERCADAL (B.)*, éd. 2002, Francis Lefebvre, p. 315 ; PIRONAVO (A.), « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, 189 ; COURET (A.), « L'intérêt social », *Cah. Dr. Entr.*, 1996/4 ; SCHMIDT (D.) « De l'intérêt social », *JCP éd. E*, 1995, 488 ; PAILLUSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP*

certaines textes du Code civil¹³⁴² et du Code de commerce¹³⁴³. Le législateur n'a pas jugé opportun d'en donner une définition.

Lors de l'élaboration de la loi du 24 juillet 1966, monsieur Pleven avait proposé une définition, néanmoins, le garde des sceaux s'était montré hostile, craignant l'instauration d'un gouvernement judiciaire des sociétés¹³⁴⁴. Les magistrats doivent donc prendre garde quand ils utilisent cette notion, ce qu'ils font fréquemment. Certains auteurs ont pu qualifier cette notion de « *concept mou* »¹³⁴⁵, car l'absence de définition permet d'y faire entrer un maximum de cas¹³⁴⁶. Il est ainsi laissé une certaine liberté au juge¹³⁴⁷, ce qui explique que cette notion résiste à toute définition. Cette notion est vue alors par certains auteurs comme « *un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société. C'est un impératif de conduite, en clair la boussole qui indique la marche à suivre* »¹³⁴⁸.

Le professeur Lucas regrette cette absence de définition de l'intérêt social, et se pose la question de la pertinence de l'insertion de cette notion dans le Code¹³⁴⁹. Était-il nécessaire de codifier une notion déjà appliquée par la jurisprudence¹³⁵⁰ ? À l'inverse du professeur Lucas, le professeur Daigre se réjouit de cette codification. Selon lui, « *dans un système de droit écrit, qui a des solides vertus et qui nous est consubstantiel, il ne faut jamais regretter que la loi intègre des concepts forcés par des décennies de jurisprudence* »¹³⁵¹. Sans compter, que l'absence de définition va laisser au juge le choix du sens qu'il veut y donner selon les rapporteurs du texte¹³⁵². Il aurait été de plus

éd. E, 1984, I, 488 ; SCHAPIRA (A.), « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », RTD Com., 1971, 959.

¹³⁴² C. Civ. Art. 1848, al. 1 : « *Dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société* ». Il convient toutefois de préciser que ce texte concerne les dirigeants.

C. Civ. Art. 1833, al. 2 : « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

¹³⁴³ C. Com. Art. L. 221-4, al. 1^{er} ; C. Com. Art. L. 233-3, 2^o ; C. Com. Art. L. 241-3, 4^o et C. Com. Art. L. 242-6, 3^o.

¹³⁴⁴ J.O. Ass. Nat, 12 juin 1965, p. 2031.

¹³⁴⁵ SAINTOURENS (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », RTD Com., 1987, p. 457 ; RUELLAN (C.), *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. 1997 Paris II, n°491, p. 325.

¹³⁴⁶ En ce sens : Projet de loi PACTE, p. 36. V. également l'intérêt social comme « *concept mou* » : BOMMIER (L.), « L'entreprise dans la société, et vice versa », *LPA*, oct. 2018, n°209, p. 6 ; LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, p. 165, n°186.

¹³⁴⁷ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°186, p. 165.

¹³⁴⁸ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°633, p. 265 ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, L.G.D.J., préface de HAEL (J.-P.), 2013, n°5, p. 5.

¹³⁴⁹ LUCAS (F.-X.), « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS*, sept. 2018, n°9, p. 477.

¹³⁵⁰ Dans le même sens : COURET (A.), « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du Code civil ? », *Recueil D.* 2017, p. 222.

¹³⁵¹ DAIGRE (J.-J.), « Loi PACTE : ni d'excès d'honneur, ni d'excès d'indignité », *BJS*, oct. 2018, n°10, p. 541.

¹³⁵² Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, version transmise au conseil des ministres le 18 juin 2018, p. 42 et s.

périlleux de la définir tant la notion reste « *floue* »¹³⁵³.

466. Le contenu incertain de la notion d'intérêt social. On peut alors s'interroger sur le contenu de cette notion. Son insertion, à côté de l'intérêt des associés, semble consacrer la prise en compte de l'intérêt particulier de la société en tant que personne morale. La prise en compte des intérêts économiques et sociaux ne semble pas être comprise dans la notion, du fait de la conjonction de coordination « *et* » qui sépare l'intérêt social et la prise en compte de enjeux sociaux et économiques¹³⁵⁴.

Deux conceptions de l'intérêt social s'opposent, l'une défend l'intérêt des actionnaires et leurs profits. La première conception se justifie par leur propriété sur les titres. La seconde conception défend l'intérêt de la société, personne morale, son développement... Avec la loi PACTE, la seconde conception de l'intérêt social semble consacrée¹³⁵⁵. Il est en effet précisé à l'article 1833 du Code civil, que l'intérêt social doit prendre « *en considération des enjeux sociaux et environnementaux* ».

La grande nouveauté est la mention des « *enjeux sociaux et environnementaux* ». Ce sont finalement ces termes qui ont été retenus au dépend des notions d'intérêts propres ou d'intérêt supérieur¹³⁵⁶. Le dirigeant doit s'assurer que la société n'entraîne ni dommages sociaux ni dommages environnementaux.

L'intérêt social renverrait donc à une obligation de moyens, alors qu'elle était jusque-là considérée en jurisprudence comme une obligation de résultat. Les associés avaient en effet un devoir de ne pas voter dans un sens contraire à l'intérêt social. Ce n'est donc pas une « *consécration pure et simple de la notion dégagée par la jurisprudence* »¹³⁵⁷.

De plus, l'insertion de cette prise en compte des enjeux sociaux et économique ne remet-elle pas en cause le devoir de loyauté du dirigeant envers les associés ? Une réponse négative semble s'imposer, car le dirigeant est toujours animé par un devoir de loyauté envers les associés¹³⁵⁸.

¹³⁵³ HEINICH (J.), « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 568. V. également sur le flou de la notion : COURET (A.), « L'intérêt social », *Cah. Dr. Entr.*, 1996, 1.

¹³⁵⁴ HEINICH (J.), « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 568. Cet auteur cite : CE 14 juin 2016, n°394599 et 395021, Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, spéc. n°99.

¹³⁵⁵ ARANDA VASQUEZ (A.), « Quelques remarques sur le gouvernement d'entreprise à l'aune du nouveau Code Afep-Medef et du projet de loi PACTE », *LPA*, 22 août 2018, n°167-168, p. 5

¹³⁵⁶ La loi Macron sur le projet de loi sur la croissance et l'activité proposé déjà dans sa version initiale de 2014, de préciser à l'article 1833 du Code civil que la société « *doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental* » : MEKKI (M.), « Le projet « Macron » et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots », *D.*, Actu, 1^{er} déc. 2014 ; COURET (A.), « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du Code civil ? », *D.*, 2017, 222.

¹³⁵⁷ BOMMIER (L.), « L'entreprise dans la société, et vice versa », *LPA*, oct. 2018, n°209, p. 6.

¹³⁵⁸ V. Sur le devoir de loyauté du dirigeant envers l'associé : GREVAIN-LEMERCIER (K.), *Le devoir de loyauté*, th. PUAM, préface de LE NABASQUE (H.), 2013, n°35 et s., p. 55 et s.

Mais ce devoir pourrait être remis en cause si le dirigeant se retrouvait dans un conflit d'intérêts opposant les intérêts des associés aux enjeux sociaux et économiques. L'associé devant, dans cette situation, aller au sacrifice. La théorie du dirigeant mandataire des intérêts des associés semble être mise au second plan, derrière les intérêts collectifs que porte la société. La notion d'intérêt social est donc élargie avec l'introduction de ces termes.

Le périmètre de ces enjeux sociaux et environnementaux, termes jamais employés en jurisprudence, reste à définir. Selon un auteur, la mention « *des* » enjeux sociaux et environnementaux, démontre la volonté du législateur d'élargir au maximum la notion et non pas de la limiter à l'entreprise et à ses parties prenantes. L'intérêt social rayonnerait ainsi par-delà les parties en lien avec l'entreprise, pour prendre dans son champ d'action l'intérêt général¹³⁵⁹.

Le professeur Lucas regrette pourtant cette généralisation à toutes les sociétés, l'avidité des actionnaires ne concernant qu'une poignée de société par actions, qui seraient selon lui « *une navrante confusion entre l'entreprise et la société* ». Est-il nécessaire de généraliser cet intérêt supérieur à toutes les sociétés¹³⁶⁰, particulièrement aux sociétés familiales ou unipersonnelle sans salariés ? Il semblerait qu'une réponse négative s'impose.

467. La question du respect par les associés des enjeux sociaux et environnementaux. On peut s'interroger sur l'application de ces textes aux associés. En effet, l'article 1833 du Code civil dispose que : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est **gérée** dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». L'emploi du verbe « *gérer* » par le législateur permet de s'interroger sur l'application du texte aux associés. En effet, la gestion de la société est assurée par les dirigeants. Il a déjà été démontré que les décisions des associés ne sont pas des actes de gestion. Seuls les dirigeants et les organes de direction seraient alors soumis à ce texte.

Cette référence à l'intérêt social se retrouve également à l'article L. 225-35 du Code de commerce, lequel semble confirmer que le respect des enjeux sociaux et environnementaux n'est imposé qu'aux organes dirigeants. En effet, l'article 1833 du Code civil dispose que : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

Pourtant, on peut également considérer que l'article 1833 du Code civil vise les associés. Il est

¹³⁵⁹ BOMMIER (L.), « L'entreprise dans la société, et vice versa », *LPA*, oct. 2018, n°209, p. 6.

¹³⁶⁰ HEINICH (J.), « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 568.

tout d'abord difficile de dissocier l'alinéa 2 qui impose de gérer la société en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux, de l'alinéa 1, qui traite de la constitution de la société dans l'intérêt commun des associés. Autrement dit, la société est constituée dans l'intérêt commun des associés, mais cet intérêt commun trouve sa limite dans la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux. Les associés peuvent ainsi être responsables des dommages faits aux partenaires sociaux et à l'environnement.

Pour exemple, dans l'affaire METALEUROP, l'action en confusion des patrimoines n'a pas pu aboutir. La société mère n'a ainsi pas été tenue responsable des dégâts environnementaux causés par sa filiale. Toutefois, il convient de préciser qu'un projet de loi tient « à renforcer la responsabilité de la société mère en cas de pollution grave causée par une de ses filiales, en lui permettant de prendre directement à sa charge les obligations relevant de celle-ci »¹³⁶¹. Ainsi, dans le cadre d'un groupe de sociétés, on peut engager la responsabilité d'un associé, la société mère, pour un comportement fautif de sa filiale.

Les associés doivent donc prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux. Certes, comme le remarque le professeur Daigre, on ne peut que s'interroger sur l'application de cette restriction limitée au seul contrat de société ? En effet, ce n'est pas le contrat de société qui est la source du danger. Dans ce cas, pourquoi le contrat de société devrait-il être considéré de façon différente et imposer à l'associé de garantir un intérêt qui est parfois distinct des siens ? Toutefois, le contrat de société présente la particularité d'être le centre de nombreux intérêts. Lorsque les assemblées générales prennent des décisions, les effets de celles-ci peuvent s'étendre au-delà des associés¹³⁶² et produire des incidences sur l'environnement et sur l'économie.

468. Une réforme opportune. Certains auteurs¹³⁶³ ont qualifié cette réforme du Code civil d'« inopportune »¹³⁶⁴, la loi PACTE introduit néanmoins de nouveaux concepts comme le respect des enjeux sociaux et environnementaux. Cette prise en compte des intérêts sociaux, participe de cette tendance favorable à un droit des affaires soucieux de l'intérêt de

¹³⁶¹ Rapp. Sénat. Projet loi portant engagement national pour l'environnement – Article 223-33 du Code de commerce et article L. 512-17 du Code de l'environnement – Renforcement de la responsabilité de la société-mère en cas de pollution grave causée par une de ses filiales.

¹³⁶² DAIGRE (J.-J.), « Loi PACTE : ni d'excès d'honneur, ni d'excès d'indignité », *BJJS*, oct. 2018, n°10, p. 541.

¹³⁶³ V. Notamment les critiques du Professeur Tadros : TADROS (A.), « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.*, 2018, 1765 ; Les craintes du Professeur Schmidt sur la modification de l'article 1833 du Code civil : SCHMIDT (D.), « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, 2380 ; Ou les propos dubitatifs : LUCAS (F.-X.), « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJJS*, sept. 2018, n°9, p. 477.

¹³⁶⁴ LUCAS (F.-X.), « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJJS*, sept. 2018, n°9, p. 477.

l'entreprise et des intérêts supérieurs qu'elle représente¹³⁶⁵. L'article 1833 du Code civil fait ainsi mention de ces intérêts, qui sont à mettre en lien avec la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté récemment introduite par les réformes du droit des entreprises en difficulté. On peut alors saluer une certaine cohérence entre le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté s'agissant de la défense de l'intérêt de l'entreprise.

B) L'intérêt social, garant de l'intérêt de l'entreprise, comme justification du principe de participation de l'associé

469. La loi Pacte introduit l'intérêt social dans le Code de commerce et le Code civil, cependant elle ne précise pas à quels intérêts ils correspondent. Si différentes notions de l'intérêt social ont pu être avancées, dans le cadre d'une entreprise en difficulté et de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, c'est la théorie de l'intérêt social confondu à celui de l'entreprise qui semble la plus adaptée.

470. Les différentes conceptions de l'intérêt social. L'intérêt social peut être défini de plusieurs manières¹³⁶⁶. Il peut représenter l'intérêt des associés, l'intérêt de la société¹³⁶⁷ ou encore l'intérêt de l'entreprise. Il convient alors d'apprécier chaque théorie et de retenir la plus pertinente pour expliquer la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

471. L'intérêt de l'associé. Une première conception suppose que l'intérêt social serait celui des associés¹³⁶⁸. Le professeur Schmidt estime notamment que « *la société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés* »¹³⁶⁹. On peut voir dans le devoir de bonne foi, pesant sur chaque associé, une explication de ce qu'est l'intérêt social¹³⁷⁰.

¹³⁶⁵ Tendances dont le premier jalon en droit positif pourrait être la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 créant un statut particulier d'entreprises, relevant de l'économie sociale et solidaire. V. POITRINAL (F.-D.), *La révolution contractuelle du droit des sociétés, vers l'entreprise citoyenne*, éd. RB, Acte 2, avec la collaboration de monsieur POITRINAL (F.-D.), 2019, n°4, p. 31.

¹³⁶⁶ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°241, p. 121.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

¹³⁶⁸ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°157, p. 144 ; BLANC (C.), « Dans toute entreprise, publique ou privée, l'actionnaire a toujours raison », *La tribune*, 15 sept. 1997, p. 12 ; SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th. Paris, Sirey, 1970, nos°81 et s., p. 57 et s. ; SOUSI (G.), *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. Lyon III, 1974, nos°292 et s., p. 280 et s.

¹³⁶⁹ SCHMIDT (D.), « De l'intérêt social », *JCP éd. E*, 1995, 488, spéc. n°3 ; V. également : MARTIN (D.), « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges en l'honneur de SCHMIDT (D.)*, éd. Joly, 2005, p. 539.

¹³⁷⁰ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, p. 101.

Si l'on considère que sa nature est contractuelle, le seul intérêt social est celui de l'intérêt commun des associés¹³⁷¹. Chacun a droit à une part des bénéfices sociaux¹³⁷². Cette conception de l'intérêt social fut validée dans un arrêt du 4 octobre 1994¹³⁷³ et appuyé par la théorie de la « *corporate governance* »¹³⁷⁴.

En droit des procédures collectives la défense de cet intérêt social n'est pas de mise, les associés devant s'effacer devant l'intérêt de l'entreprise.

472. L'intérêt de la société. Dans la conception institutionnelle de la société, l'intérêt social peut représenter l'intérêt de la société. La société aurait alors un intérêt distinct¹³⁷⁵ et supérieur¹³⁷⁶ à celui de ses membres. Dans un abus de majorité, de minorité ou d'égalité, il faut une atteinte à l'intérêt social et à l'égalité des actionnaires¹³⁷⁷, ce qui impose de distinguer l'intérêt social de l'intérêt commun des associés¹³⁷⁸. De même pour l'abus de biens sociaux, la Cour de cassation précise qu'il « *a pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle* »¹³⁷⁹. Cet arrêt élargit l'intérêt de la société à celui de l'entreprise intégrant ses parties prenantes. L'intérêt social serait

¹³⁷¹ C'est ce que traduit l'article 1833 du Code civil, lequel dispose que : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ». En ce sens : SCHMIDT (D.), « De l'intérêt social », *JCP éd. E*, 1995, I, n°488.

¹³⁷² SCHMIDT (D.), « L'intérêt social », *RD banc. et bourse*, 1995, p. 130.

¹³⁷³ Cass. Com., 4 oct. 1994, n°93-10.934, *Bull. Civ.*, n°278 ; Cass. Com., 24 janv. 1995, n°93-13.273, *Rev. Sociétés*, 1995, 46, note JEANTIN (M.) ; *D.*, 1995, I. R., p. 56 ; *Dr. Sociétés*, 1995, n°102, obs. VIDAL (M.) ; *RJDA*, 1995, n°439, p. 353 ; *RTD Com.*, 1995, p. 623, obs. PETIT (B.) et REINHARD (Y.) ; *Bull. Joly*, 1995, §99, p. 303, LE CANNU (P.) ; *Rép. Defrénois*, 1995, art. 36091, HONORAT (A.) ; *Bull. Civ.*, IV, n°27.

¹³⁷⁴ COURET (A.), « L'intérêt social », colloque du sénat du 23 mai 1996 « Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? », *JCP éd. E*, 1996, n°4, p.1 ; COURET (A.), « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1984, p. 244.

¹³⁷⁵ En ce sens, Viandier pense que : « *la personne morale a des intérêts propres, distincts des intérêts des associés. D'évidence première, l'affirmation vaut pour les relations patrimoniales, mais elle peut être prolongée sur le plan des relations extrapatrimoniales* » : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°102, p. 101.

¹³⁷⁶ Sur l'intérêt social dans sa conception institutionnelle : obs. CHAMPAUD (C.), sous CA Bordeaux, 7 déc. 1989, *RTD Com.*, 1990, p. 584, n°5 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, nos°633 et s, p. 265.

¹³⁷⁷ Un arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 1992 définit l'abus de minorité comme une « *attitude contraire à l'intérêt de la société, dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* » (V. Cass. Com., 14 janv. 1992, n°90-13055, *Sté Vitama c/ Tebranchi et autre.*, *BJS*, mars 1992, n°3, p. 273, *JCP*, 1992, E, II, 301, note VIANDIER (A.) ; *LPA*, 1992, n°80, note GIBIRILA ; *JCP éd. N*, 5 juin 1992, n°23, p. 193, note BONNEAU (T.)). On rejoindra alors monsieur Godon qui considère que : « *La jurisprudence adopte une conception beaucoup plus fonctionnelle de l'abus de minorité qu'elle caractérise par la volonté d'entraver le fonctionnement de la société en interdisant la réalisation d'une opération considérée comme essentielle pour celle-ci, dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* » (GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°145, p. 94)

¹³⁷⁸ SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th. Sirey, 1968, n°324, p. 318.

¹³⁷⁹ Cass. Crim., 30 sept. 1991, n°90-83.965, *Bull. Joly*, 1992, p. 153, note BARADERIE (D.) ; *Rev. Sociétés*, 1992, p. 356, note BOULOC (B.).

alors l'intérêt de la personne morale¹³⁸⁰. Autrement dit, il peut être défini comme une « *limite des comportements sociétaux acceptables* »¹³⁸¹. Pour que l'abus de majorité ou de minorité soit caractérisé, il faut une « *intention* » de nuire ou, tout au moins, une *rupture intentionnelle d'égalité ou une volonté d'entraver le fonctionnement de la société* »¹³⁸².

473. La théorie mixte. Les deux théories semblent convaincantes c'est pourquoi il est permis de les accepter toutes les deux¹³⁸³. L'intérêt social serait alors un compromis entre l'intérêt des associés et celui de la société institution¹³⁸⁴. C'est deux conceptions sont toutefois incompatibles dans la mesure où elles servent des intérêts distincts. Le choix se doit d'être pragmatique¹³⁸⁵, leur application dépendra alors de la situation de la société.

Lorsque la société est *in bonis*, le fait de voter contre une augmentation de capital, même nécessaire au sauvetage de l'entreprise, n'est pas condamnable en droit des sociétés¹³⁸⁶, sauf cas d'abus de droit de vote. De même que l'associé peut voter la non reconstitution des capitaux propres, ce qui entraînera la liquidation de la société. L'intérêt social semble alors être lié à la majorité et aux intérêts des associés.

Lorsque la société est en procédure collective, la jurisprudence tend effectivement à élargir cette notion d'intérêt social¹³⁸⁷ aux parties prenantes¹³⁸⁸. Le coup d'accordéon qui pourra être utilisé

¹³⁸⁰ Au Canada, il semble que l'intérêt social soit assimilé à l'intérêt de l'entreprise : MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Théorie économique du droit*, 2^{ème} éd. 2008, les éditions Thémis, Dalloz, n°1931, p. 531.

¹³⁸¹ COURET (A.), « L'intérêt social », *JCP éd. E*, avr. 1996.

¹³⁸² GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°150, p. 97.

¹³⁸³ Dans l'abus de minorité ou de majorité, deux conditions sont imposées, il faut une atteinte personnelle des associés qui entraîne une rupture d'égalité et une atteinte à l'intérêt social. Les deux critères divisent la doctrine, certains s'opposent au premier qui renvoi à la conception de l'intérêt social, entendu comme l'intérêt des associés, alors que d'autres contestent le second qui renvoi à la conception de l'entreprise (SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, th. Sirey, 1968, n°187 ; GERMAIN (M.), « l'abus du droit de majorité », *Gaz. Pal.*, 1987, I, 157).

Selon le professeur Couret les deux conceptions seraient confondues (COURET (A.), « Le gouvernement de l'entreprise », *D.*, 1995, chron, p. 163), l'intérêt de l'entreprise serait la recherche de bénéfice pour les associés. Or, en assurant cet objectif, la sauvegarde de l'entreprise serait corrélativement atteinte. Sans opter pour un des deux intérêts, la jurisprudence a opté pour « *une rupture intentionnelle d'égalité entre les actionnaires* ». Le juge fait ainsi mention de « *l'intérêt général de la société* » (SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, L.G.D.J., 1999, n°192, p. 189).

¹³⁸⁴ GROSSI (I.), *Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, th. Aix-Marseille, 1998, n°37.

¹³⁸⁵ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°247, p. 123 ; RIVES-LANGE, « L'abus de majorité », *RJ com.*, 1991, n°spécial, p. 65.

¹³⁸⁶ CA Versailles, 25 nov. 1987, *JCP éd. E*, 1988, II, 15168, n°2, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *Bull. Joly*, 1988, §16, p. 82 ; CA Paris, 18 déc. 1985, *RJ. Com.*, 1988, p.89, obs. VIDAL (D.) ; *Ren. Sociétés*, 1986, 112, obs. GUYON (Y.) ; *Rapp., com.*, 19 oct. 1999, *Rev. Sociétés*, 2000, 294, note GODON (L.) ; *Bull. Joly*, 2000, §14, p. 70, COURET (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2000, n°1, obs. BONNEAU (T.).

¹³⁸⁷ En ce sens : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°211, p. 184.

¹³⁸⁸ PIROVANO (A.), « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », *D.*, 1997, chron. p. 190

afin de sauvegarder l'entreprise, sans pour autant être constitutif d'un abus de minorité, en est un exemple.

L'intérêt social confondu avec l'intérêt de la personne morale pourrait suffire à expliquer la participation de l'associé dans la mesure où le sauvetage de la personne morale garantit la protection des parties prenantes. Toutefois, le droit des entreprises en difficulté impose à l'associé des restructurations nécessaires à la défense des intérêts qui dépassent le simple cadre de la personne morale. L'intérêt social se confond alors avec l'intérêt de l'entreprise.

474. L'intérêt de l'entreprise. Jusqu'aux récentes réformes du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté, le débat se concentrait essentiellement sur l'idée que l'intérêt social représenterait soit l'intérêt des associés, soit l'intérêt de la personne morale¹³⁸⁹. Désormais, il semblerait que le sens donné à l'intérêt social ait évolué vers une autre conception, celle de l'intérêt de l'entreprise¹³⁹⁰.

L'école de Rennes¹³⁹¹ pense que l'intérêt social est confondu avec celui de l'entreprise¹³⁹². L'intérêt social représenterait l'intérêt de l'entreprise qui dépasserait ainsi l'intérêt de la société et celui des associés. Cette théorie, très développée en droit anglo-saxon, précise qu'en situation de conflit d'intérêts, « *le principe de loyauté doit prendre le dessus, ce qui peut inclure la prise en compte non seulement des intérêts des autres actionnaires mais également des autres Stakeholders tels que les salariés et les créanciers* »¹³⁹³.

¹³⁸⁹ La notion d'intérêt social a fait l'objet de nombreux débats et pour finir de deux « *visions du capitalisme (...) : l'une met au premier plan l'intérêt des actionnaires propriétaires. (...) La valeur créée (soit les profits) doit être intégralement distribuée à ces mêmes actionnaires sous forme de dividendes. Elle leur appartient et n'appartient qu'à eux ; (...) l'autre conception met en avant moins l'intérêt des actionnaires que l'intérêt de la société elle-même ou intérêt « social » : son avenir, son développement ; donc ses réserves ne doivent pas être sacrifiées à l'intérêt immédiat des propriétaires avides de distribution. (...) La première conception privilégie le court terme, la seconde la durée* » : LYON-CAEN (G.), « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », in Mélanges en l'honneur de DESPAX (M.), les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2001, spéc. p. 37.

¹³⁹⁰ Sur un renouveau sur les intérêts dépassant ceux de la société : « *Stakeholders theory* ». V. TREBULLE (F.-G.), « Stakeholders theory et droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2006, p. 1227, et *Bull. Joly*, 2007, p. 7.

¹³⁹¹ Sur cette qualification : CHAMPAUD (C.), « les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de PAILLUSSEAU (J.), D., 2003, p. 117, spéc. note 12. Sur l'intérêt de l'entreprise : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, note 144, p. 135.

¹³⁹² PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP éd. E*, 1984, II, 3148.

¹³⁹³ NUSSENBAUM (M.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série, p. 31 ; PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 200 ; PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP éd. E*, 1995. I. 488 ; BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface GERMAIN (M.), 2011, n°267, p. 225.

475. L'historique de la théorie de l'intérêt de l'entreprise Cette thèse, inspirée par les travaux de Ripert¹³⁹⁴ et de Durand¹³⁹⁵, a notamment été défendue par Despax¹³⁹⁶ et Paillusseau¹³⁹⁷. Ces auteurs retiennent une théorie fonctionnelle qui s'apparente à la théorie institutionnelle¹³⁹⁸. La société serait ainsi au service d'une finalité supérieure¹³⁹⁹.

Le professeur Champaud a d'abord démontré que la société est une technique de concentration d'entreprises¹⁴⁰⁰. Il illustre cette concentration, avec la distinction entre les associés « *bailleurs de fonds* » et les associés « *de contrôle* »¹⁴⁰¹. Il en déduit que seule une partie de la société gouverne l'institution. On retrouve dans cette conception une partie de la théorie institutionnelle de la société.

Après Champaud, Paillusseau chercha à démontrer que la société anonyme est une technique juridique d'organisation de l'entreprise¹⁴⁰². Paillusseau rejette la thèse contractuelle, à laquelle il reproche ne plus être en accord avec les dernières réformes du droit des sociétés. Selon lui, on ne peut justifier ni par le contrat ni par l'institution, les sociétés unipersonnelles. De même, la distinction entre les bailleurs de fonds et les actionnaires de contrôle ne peut être expliquée par l'une ou l'autre de ces deux approches¹⁴⁰³. C'est donc l'entreprise qui est le fondement de la structure, la société étant une « *technique d'organisation de l'entreprise* »¹⁴⁰⁴. On retrouve d'ailleurs le terme d'entreprise dans la définition de la société, à l'article 1832 du Code civil. Cependant le terme d'entreprise ne doit pas être compris comme au sens commercial du terme, soit comme une exploitation, mais plutôt dans le sens d'un projet commun¹⁴⁰⁵. Paillusseau précise pourtant que chaque mot a été mûrement réfléchi, alors pourquoi employer ce terme juridique pour lui donner un sens commun¹⁴⁰⁶.

¹³⁹⁴ Monsieur Ripert présente la société comme le moyen d'isoler son patrimoine : RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1951, n°39, p. 93 et nos°119 et s.

¹³⁹⁵ RIPERT, « Rapport sur la notion juridique de l'entreprise », travaux De l'Asso. Henri Capitant, t. III, 1947, p. 55.

¹³⁹⁶ DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, th., L.G.D.J., préface de MARTY (G.), 1957, n°192, p. 209.

¹³⁹⁷ VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, p. 135.

¹³⁹⁸ BERTREL (J.-P.), « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires*. Études à la mémoire d'Alain Sayag, Litec 1997, p. 131.

¹³⁹⁹ RIPERT (G.), *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951.

¹⁴⁰⁰ CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, th. Sirey, préface de LOUSSOUARN (Y.), 1962.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, nos°29 et s.

¹⁴⁰² PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, th., T. 18, Bibl. Dr. Com. Sirey, préface de LOUSSOUARN (Y.), 1967 ; PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP éd. E*, 1984, I, n°3148.

¹⁴⁰³ CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, th. Sirey, préface de LOUSSOUARN (Y.), 1962.

¹⁴⁰⁴ Paillusseau dans le titre de sa thèse : PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, th., T. 18, Bibl. Dr. Com. Sirey, préface de LOUSSOUARN (Y.), 1967.

¹⁴⁰⁵ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°158, p. 82.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

Il démontre ensuite que le droit tente de protéger différents intérêts¹⁴⁰⁷ mais que la nécessité dominante est celle de la protection de l'intérêt de l'entreprise. Ce serait l'objectif de toute société. Paillusseau explique que l'entreprise en société est la convergence de nombreux intérêts¹⁴⁰⁸. Il préfère d'ailleurs les termes d'intérêt de l'entreprise, car ce n'est pas l'ensemble des intérêts des parties, mais essentiellement la vie et la croissance de l'organisme économique qui constituent cet intérêt de l'entreprise¹⁴⁰⁹. La société est alors vue comme une technique d'organisation de l'entreprise et non plus comme un groupement de personnes. Ainsi, même si Paillusseau rejette l'idée de la dissociation de l'entreprise et de l'entrepreneur et la personnification de celle-ci, il reconnaît que l'entreprise est un centre d'intérêts¹⁴¹⁰. L'entreprise se trouve donc définie par sa fonction, qui est la représentation des intérêts ou plutôt du but poursuivi par les associés¹⁴¹¹. Despax et Paillusseau s'entendent toutefois pour dire que l'intérêt de l'entreprise dépasse celui des associés.

L'argument a été conforté par l'apparition des sociétés unipersonnelles. Paillusseau indique que : « *L'apport en société est une technique qui, parmi d'autres, permet la constitution du potentiel économique de l'entreprise* »¹⁴¹². Certains auteurs considèrent que la théorie de l'entreprise est une sorte de reprise de la théorie institutionnelle. Ainsi, la libération de l'apport constituerait plus une ressource économique vitale pour l'entreprise, qu'une simple obligation contractuelle.

476. Une faible reconnaissance en jurisprudence. Cette conception élargie de l'intérêt social a fait l'objet de brèves apparitions en jurisprudence.

L'intérêt social, confondu avec l'intérêt de l'entreprise, ressort notamment des textes traitant de la responsabilité pénale des dirigeants¹⁴¹³. Une jurisprudence abondante permet de comprendre que l'intérêt social doit être considéré comme l'intérêt de l'entreprise dans ces circonstances¹⁴¹⁴. Un arrêt de la Cour de cassation a d'ailleurs précisé que l'incrimination concernée « *a pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société*

¹⁴⁰⁷ PAILLUSSEAU, « les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP*, 1984, I, 3148, n°33.

¹⁴⁰⁸ Sur les composantes de l'intérêt de l'entreprise : V. LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, note 146, p. 136.

¹⁴⁰⁹ PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, th. Sirey, préface de LOUSSOUARN, 1967, p. 200.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 198.

¹⁴¹¹ LYON-CAEN (A.), « La « doctrine » de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Libr. Techniques 1978, p. 599 et spéc. p. 609.

¹⁴¹² PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, th., T. 18, Bibl. Dr. Com., Sirey, préface de LOUSSOUARN (Y.), 1967, p. 5.

¹⁴¹³ Ainsi, sont poursuivis pour abus de biens sociaux, selon l'article L. 242-6 3° du Code de commerce pour les sociétés anonymes et l'article L. 241-3 pour les sociétés à responsabilité limitée, les agissements contraires à l'intérêt de l'entreprise.

¹⁴¹⁴ V. SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J. préface de TERRE (F.), 2002, n°246, p. 123.

et les intérêts des tiers qui contractent avec elle »¹⁴¹⁵. Les juges considèrent que le délit d'abus de biens sociaux va permettre la protection des associés, mais également la protection du patrimoine de la personne morale et des tiers¹⁴¹⁶.

Enfin, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 mai 1965, dit affaire Fruehauf¹⁴¹⁷, semble avoir consacré la conception de l'intérêt social entendu comme l'intérêt de l'entreprise¹⁴¹⁸. C'est une convergence d'intérêts des parties prenantes qui fonderait la conception de l'entreprise.

Dans cette affaire un litige opposa la société mère tenue de respecter l'embargo de livraison à la Chine et sa filiale française qui avait obtenu une commande importante auprès d'un fournisseur chinois. En l'espèce les juges ont nommé un administrateur judiciaire et ont ainsi clairement exprimé la dissociation entre l'intérêt social et l'intérêt des actionnaires, même majoritaires.

Dans l'arrêt *Fruehauf*, il avait été émis l'hypothèse d'une intervention des juges *a priori*, plutôt qu'*a posteriori*¹⁴¹⁹. Les juges se sont prononcés sur les décisions envisagées par les associés, en corrigeant l'orientation du vote par la nomination d'un administrateur judiciaire. Cependant la Cour de cassation n'a pas été en ce sens, favorisant la liberté des associés¹⁴²⁰ et éludant le risque de gouvernance judiciaire de la société¹⁴²¹.

Cette décision fut ultérieurement relativisée¹⁴²² et critiquée¹⁴²³ par certains auteurs considérant qu'elle fut prise au regard de ses enjeux politiques. Comme le remarque un auteur, cette décision peut alors être considérée comme une figure d'exception¹⁴²⁴. Il est peu vraisemblable que tous les intérêts puissent converger vers un intérêt commun¹⁴²⁵. Cet intérêt collectif peut en effet

¹⁴¹⁵ Cass. Crim., 19 oct. 1971, n°70-90.661, *Bull. Crim.*, n°272 ; Cass. Crim., 30 sept. 1991, *Rev. Sociétés*, 1992. 356, note BOULOC (B.), *Bull. Joby*, 1992, §40, p. 153, note BARADERIE (D.).

¹⁴¹⁶ Cass. Crim., 19 oct. 1971, n°70-90.661, *Bull. Crim.*, n°272.

¹⁴¹⁷ CA Paris, 22 mai 1965, *D.*, 1968, p. 147, note CONTIN (R.), *JCP*, 1965, II, 14274, bis, concl. Nepveu, *RTD. Com.*, 1965, p. 619, RODIERE (R.), *Bull. Joby*, 1965, §115, p. 246, *Rev. Sociétés*, 1965. 288, Grands arrêts du droit des affaires, *D.*, 1995, n°44, p. 487, note FARNOCCHIA (D).

¹⁴¹⁸ CA Paris, 22 mai 1965, *JCP*, 1965, II, 14274 bis, concl. NEPVEU ; *D.*, 1968, chron. p. 45, CONTIN (R.)

¹⁴¹⁹ En ce sens : VIANDIER (A.), note sous *Trib. Com. Paris*, 14 févr. 1990, *JCP*, 1990, II, 21561.

¹⁴²⁰ Cass. Com., 21 janv. 1970, n°68-11.085, *Bull. Civ.*, IV, n°28 ; *JCP*, 1970, II, 16541, note OPPETIT (B.) ; *Rev. Sociétés*, 1970. 292, J. G., *RTD Com.*, 1970, p. 738, n°16, obs. HOUIN (R.).

¹⁴²¹ CASTRES SAINT-MARIN-DRUMMOND (F.), *Les sociétés dites « holdings »*, th. Paris II, 1993, p. 390-391, n°503.

¹⁴²² RECEVEUR (B.), *La force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, th. 2013, n°527, p. 461.

¹⁴²³ V. SOUSI (G.), *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. Lyon III, 1974, n°288, p. 277 ; PIROVANO (A.), « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », *D.*, 1997, chron., p. 190

¹⁴²⁴ CA Paris, 22 mai 1965 (arrêt Fruehauf), *JCP éd. G.*, 1965, II, 14274 bis, concl. NEPVEU ; *RTD Com.*, 1965, p. 619, obs. RODIERE (R.) ; *Rev. Sociétés*, 1965, p. 288 ; *D.*, 1968, p. 147, note CONTIN (R.). Sur cet arrêt, V. CONTIN (R.), « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.*, 1968, chron., p. 45.

¹⁴²⁵ CONTIN (R.), « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.*, 1968, chron., p. 45 ; PIROVANO (A.), « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social et intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997., chron., p. 190.

porter atteinte à certains intérêts¹⁴²⁶. Selon Fredel cette conception est douteuse, les intérêts ne pouvant souvent être conciliés¹⁴²⁷. Ainsi, l'intérêt de l'associé est parfois contraire au sauvetage de l'entreprise. Plusieurs auteurs soulignent que : « *La personne morale a un intérêt propre, qui se distingue des intérêts personnels des associés, et parfois s'oppose à eux* »¹⁴²⁸.

Cependant, l'idée n'est pas nécessairement de trouver un intérêt collectif, mais bien plus de donner une ligne directrice reposant sur un consensus¹⁴²⁹. La notion d'intérêt de l'entreprise serait alors le point où un maximum d'intérêts pourrait se retrouver, fixant une ligne de conduite opportune¹⁴³⁰. Cette idée assouplit la notion d'intérêt de l'entreprise, qui variera selon la situation en présence¹⁴³¹. Cette idée d'intérêts convergents est correcte lorsque l'entreprise est en procédure collective. L'associé peut demander le remboursement de sa créance en compte courant et cela au péril de l'entreprise. De même que la cession judiciaire des titres de l'associé est parfois nécessaire au sauvetage de l'entreprise.

Bien que parfois critiquée¹⁴³², la notion d'intérêt de l'entreprise reste pertinente. L'intérêt de l'entreprise est plus marqué dans le contexte d'une entreprise en difficulté, le périmètre de l'intérêt social est alors élargi¹⁴³³. L'intérêt de l'entreprise permet ainsi d'expliquer le devoir de secours de l'associé en droit des entreprises en difficulté.

¹⁴²⁶ LE NABASQUE (H.), *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit de l'entreprise*, th. 1986, n°443, p. 493.

¹⁴²⁷ FRIEDEL (G.), *À propos de la notion d'entreprise, Aspect actuels du droit commercial français*, L.G.D.J., Études dédiées à ROBLOT (R.), 1884, p. 97.

¹⁴²⁸ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1517, p. 19.

¹⁴²⁹ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°149, p. 138.

¹⁴³⁰ CATALA (N.), *L'entreprise, D.*, sous la direction de CAMERLYNCK (G.), 1980, n°164, p. 162.

¹⁴³¹ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°158, p. 82.

¹⁴³² Notamment par Viandier pour qui cette théorie ne paraît pas convaincante car les participants vont chercher à faire prévaloir leurs intérêts (Sur cette notion de participant : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°263, p. 258 ; LE NABASQUE (H.), *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit de l'entreprise*, th. 1986, n°282, p. 324-325). L'associé va toujours chercher à faire prévaloir son propre intérêt. C'est pourquoi le contrôle du respect de cet intérêt de l'entreprise est donné à d'autres organes (LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°152, p. 140). Le dirigeant par exemple exerce un contrôle en matière d'abus de biens sociaux. De plus, la notion d'intérêt de l'entreprise ne peut s'appliquer qu'aux sociétés ayant une activité commerciale (SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J. préface de TERRE (F.), 2002, n°159, p. 82). Cette conception de l'intérêt social n'a donc pas un caractère général. Reconnaître l'entreprise comme le critère d'existence de la société reviendrait à exclure les sociétés holdings et les sociétés de gestion patrimoniale. C'est pourquoi madame Castres Saint-Marin Drummond s'est aussi opposée à la théorie fonctionnelle de la société (CASTRES SAINT-MARIN-DRUMMOND (F.), *Les sociétés dites « holdings »*, th. Paris III 1993). Enfin, le professeur Lucas pense également que « *en permettant au juge de remettre en cause les choix des dirigeants et des associés au nom de sa conception de l'intérêt social, le transforme en censeur de la gestion des sociétés, perspective inquiétante dans un pays comme le nôtre où – si l'on excepte les tribunaux de commerce – bien des magistrats ont une médiocre connaissance de l'entreprise* » (LUCAS (F.-X.), « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS*, sept. 2018, n°9, p. 477).

¹⁴³³ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, note 114, p. 146.

477. **Conclusions Section II.** La participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise repose sur le credo d'une société portant des intérêts supérieurs. Cette conception de la société institution justifie parfaitement les nouvelles contraintes mises à la charge de l'associé. Par ailleurs, concernant la participation de l'associé par le droit de vote, il semblerait que l'intérêt social semble peu à peu se confondre avec l'intérêt de l'entreprise. Le pouvoir de l'associé sur le sort de l'entreprise implique des devoirs et des limites à la liberté d'utilisation de ce droit. Lorsque l'entreprise est en procédure collective, le droit de vote de l'associé semble devoir être assimilé à un droit fonction. L'utilisation du droit de vote dépendrait alors du contexte dans lequel il est utilisé. Alors que la liberté de l'associé sur le sens de son vote semble dominer dans le contexte de la société in bonis, celui-ci semble restreint lorsque la survie de l'entreprise le requiert. Ce devoir peut trouver un fondement dans la qualité même d'associé qui dispose d'un pouvoir de décision. Ainsi, la bonne foi ou l'affectio societatis peuvent expliquer que l'associé soit contraint de prendre en compte les intérêts de l'entreprise pour l'exercice de son droit de vote.

Conclusion du chapitre I.

478. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise ne pourra être déclenché que si l'entreprise connaît des difficultés.

479. L'associé qui est alors en capacité de l'aider, devra intervenir. L'intervention de l'associé est alors directement liée à ses capacités. Il y a comme pour le devoir de secours entre époux, une corrélation entre les besoins de l'entreprise et les capacités de l'associé. La participation de l'associé ne sera contrainte que si l'entreprise subit des difficultés significatives et que l'associé a les moyens de la secourir. Cette situation s'explique par la volonté du législateur d'éviter un risque pour l'économie.

En outre, la particularité de principe de participation de l'associé est qu'il évolue en fonction des difficultés et plus exactement de la procédure collective en jeu, mais aussi en fonction du risque pour l'économie.

En effet, en fonction de la procédure collective en cours, la contrainte de l'associé sera plus ou moins importante. On a pu constater qu'en procédure de sauvegarde, le principe de participation de l'associé n'était appliqué que de façon exceptionnelle. D'une part car les difficultés de l'entreprise sont encore relatives et d'autre part car le législateur a fait le choix de rendre attractive cette procédure. Ce n'est qu'en procédure de redressement judiciaire que le principe de participation de l'associé trouvera tout son sens. L'urgence qu'implique la situation de l'entreprise à ce stade, impose des mesures drastiques à l'égard de l'associé.

La participation de l'associé évoluera encore en fonction de la taille de l'entreprise et des conséquences de sa disparition pour l'économie. Ce constat fut tiré des dispositifs d'augmentation du capital forcée et de cession forcée des titres, prévues à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce. Ainsi, de manière exceptionnelle, l'associé pourra être sacrifié afin de satisfaire les exigences du sauvetage de l'entreprise via le biais d'une reprise interne.

480. Plusieurs justifications peuvent être apportées afin d'expliquer ce premier fondement au principe de participation de l'associé. C'est tout d'abord l'entreprise et les intérêts qu'elle représente qui impose à l'associé de prendre les mesures nécessaires à son sauvetage. Cette soumission des intérêts de l'associé à ceux de l'entreprise consacre la théorie de l'institution. Cette institution doit alors être défendu à tout prix, quitte à sacrifier ses membres.

L'associé est ainsi rétrogradé et doit alors se soumettre aux exigences qu'impose cet intérêt supérieur. En ce sens, il peut ainsi être contraint à voter les restructurations nécessaires de l'entreprise. On peut alors affirmer que le législateur instaure en droit des procédures collectives une hiérarchie, en privilégiant d'abord l'intérêt social, entendu dans le sens de l'intérêt de l'entreprise, sur l'intérêt de l'associé.

CHAPITRE II

L'aménagement des obligations et des devoirs de l'associé comme fondement de sa participation

481. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise tire son fondement des obligations de l'associé. L'urgence du sauvetage de l'entreprise en difficulté explique l'intervention du droit des procédures collectives, lequel vient rappeler tout d'abord à l'associé son obligation de libération et ensuite son obligation de reconstituer les capitaux propres lorsqu'ils deviennent inférieurs à la moitié du capital social. La principale nouveauté tient à la finalité de ces obligations, autrefois vue comme des droits propres à l'associé, elle semble désormais servir un intérêt supérieur. La notion d'associé se trouve donc affectée par sa nouvelle place au sein du Livre VI du Code de commerce.

482. L'apparition de ces nouvelles contraintes de l'associé interroge, d'une éventuelle augmentation de ses engagements ? À cette question, il convient de répondre que si l'associé a désormais de nouvelles contraintes envers la société, rien ne permet d'affirmer qu'elles sont totalement nouvelles. L'associé doit seulement libérer l'apport souscrit au jour du jugement d'ouverture¹⁴³⁴, voire reconstituer les capitaux propres s'ils sont inférieurs à la moitié du capital social¹⁴³⁵. Ces deux obligations ne sont que des variantes des obligations qui s'imposent à tout associé. Le fondement de la participation de l'associé est ici à rechercher dans les principes et les textes contraignant l'associé à libérer son apport et à contribuer aux pertes. La participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise n'est autre que l'exécution de ses engagements et la prise en compte des difficultés de l'entreprise et des intérêts qu'elle représente (**Section I**).

483. Outre ces obligations, l'associé devra également, au titre du principe de participation de l'associé, voter les restructurations nécessaires au sauvetage de la société. Ce devoir se traduit par un comportement, une façon d'agir, dont l'origine est légale. Déterminer l'origine de cette manifestation de cette participation contrainte paraît complexe. Néanmoins, plusieurs textes induisent l'existence de devoirs sans les mentionner expressément. Ces devoirs sont essentiellement mis en évidence par la jurisprudence. Il faut alors se référer aux préceptes

¹⁴³⁴ C. Com. Art. L. 624. 20.

¹⁴³⁵ C. Com. Art. L. 626-3 ; C. Com. Art. L. 631-9-1.

jurisprudentiels et doctrinaux, notamment sur la bonne foi, pour trouver une légitimité et un fondement à l'implication de l'associé dans le sauvetage de l'entreprise par son droit de vote (**Section II**).

SECTION I.

Les obligations de l'associé comme fondement de sa participation financière

484. La participation financière de l'associé semble s'exprimer à travers l'obligation de libérer l'apport et de contribuer aux pertes. Il convient alors de rechercher un fondement à ces contraintes motivées par le sauvetage de l'entreprise. Cette recherche renvoie à une question épineuse de notre droit : la source des obligations. De nombreux écrits¹⁴³⁶ ont permis de dégager plusieurs fondements à l'obligation¹⁴³⁷. Dans le cadre de notre étude, nous retiendrons les sources de l'obligation retenue par le Code civil et l'alinéa 1 de l'article 1100 qui dispose que « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi* ».

485. Ainsi, alors que la contrainte repose sur les obligations de l'associé, on peut se demander pourquoi ces obligations mutent dès lors que l'entreprise subit des difficultés. Il conviendra alors d'évincer l'idée d'une faute de l'associé (§I), pour retenir la seule finalité de l'obligation qui a changé à cause des difficultés de l'entreprise (§II).

¹⁴³⁶ Sur ce sujet : V. OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009 ; GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, th. Defrénois, 2007 ; GOMAA (M.K.N.), *Théorie des sources de l'obligation*, th., L.G.D.J., 1968 ; AUGUSTIN (J.-M.), « Les classifications des sources des obligations de Domat au Code civil », in « L'enrichissement sans cause, la classification des sources des obligations », 2007, L.G.D.J., Études réunies par MANNINO (V.), OPHELE (C.), p. 123.

¹⁴³⁷ Une première difficulté s'impose quant à la source à retenir. En ce sens, monsieur Obelliane a ainsi opéré une classification qui recense trois types de source de l'obligation (OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009). Tout d'abord les sources formelles de l'obligation (CARBONNIER appelait cette source, le fondement juridique de l'obligation : OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009, V. *Préface*), qui comprennent les textes, la jurisprudence, les principes généraux ou les traités internationaux. Ce critère manque de précision, dans la mesure où il regroupe toutes les sources du droit... L'auteur remarque une deuxième catégorie, celle des sources substantielles de l'obligation (Sur cette classification : LAZARUS (C.), *Les actes juridiques extrapatrimoniaux. Une catégorie juridique nouvelle*, th. Paris XI, 2005, n°2, p. 11), qui correspondent à la justification principale de l'obligation, le pourquoi de la naissance de l'obligation. Cette dernière peut naître du libre consentement donné par le débiteur lors d'un acte juridique. De même, l'obligation pourrait naître de la liberté d'action dans les délits et quasi-délits ou du souhait de protection d'un créancier (OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009). On peut reprocher à cette source une trop grande imprécision, car elle est basée sur un critère subjectif et non juridique qui est la volonté. Il convient donc de se référer aux sources techniques de l'obligation, qui renvoient à : « *L'ensembles des circonstances concrètes relatives aux parties au lien d'obligation* » (OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009). L'élément générateur de l'obligation, comme la rencontre de volontés ou la commission d'une faute (Cette théorie est également celle de SAVATIER qui considère que les obligations auraient deux sources : les engagements volontaires et la réparation d'un préjudice, soit d'un déplacement injuste de richesse SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979). L'étude s'appuiera sur cette dernière classification des sources de l'obligation.

§I - Le rejet d'une faute de l'associé comme fondement de sa participation financière

486. Certains auteurs ont certes évoqué l'émergence d'une notion d'associé responsable¹⁴³⁸. Le terme « *responsable* » est adapté, à la situation de l'associé en procédure collective, si on l'entend dans son sens commun. En ce sens, une personne responsable est quelqu'un qui a la charge de prendre des décisions pour les autres. Cette responsabilité de l'associé paraît cependant infondée d'un point de vue juridique, qui suppose, en principe, une faute. Il sera en effet difficile de démontrer que les obligations qui sont imposées à l'associé reposent sur comportement fautif de l'associé.

487. On pourrait néanmoins penser que le principe de participation de l'associé se confond avec l'idée émergente de l'associé responsable. Pendant longtemps, la faute de gestion du dirigeant fut caractérisée dès lors que la société n'était pas dotée du capital social nécessaire à la poursuite de son activité. Désormais, un revirement de jurisprudence vient préciser logiquement que cette faute n'est plus celle du dirigeant mais celle de l'associé. Ce dernier peut alors être tenu comme responsable des difficultés de la société.

488. Cette conception est en lien avec l'idée d'un associé devant se préoccuper des enjeux économiques. Ainsi, la notion d'associé responsable et la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté constitueraient les deux branches de ce devoir de vigilance de l'associé. Néanmoins, ces deux voies divergent de par leur fondement, la responsabilité de l'associé de ne pas avoir doté la société des fonds nécessaires à son exploitation repose sur une faute (A), au contraire de l'implication financière pesant sur l'associé dans le cadre d'une entreprise en difficulté (B).

A) L'émergence d'une responsabilité de l'associé pour défaut de soutien à la société

489. Progressivement, la Cour de cassation fait émerger un principe de responsabilité de l'associé impliqué dans la défaillance de la société. En ce sens, la jurisprudence précise notamment que l'associé qui aggraverait le passif de la société commettrait une faute au titre de

¹⁴³⁸ CERATI-GAUTHIER (A.), « Droit de vote de l'associé : des atteintes mesurées », *LPA*, 31 juill., 2018, n°152, p. 16 ; HEINICH (J.), « Le défaut de recapitalisation effective n'est pas une faute de gestion », *BJS*, mars 2016, n°3, p. 34 ; PARACHKEVOVA (I.), « L'associé responsable », *BJS*, 1 avr. 2015, n°4, p. 165 ; LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelle responsabilité ? (1ère partie) », *Rev. Proc. Coll.*, Juill. 2014, dossier 36, §7 ; FAVARIO (T.), « La responsabilité de l'associé : « concept émergent » du droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 janv. 2013, n°1.

l'article 1240 du Code civil, anciennement 1382 du Code civil. Certains manquements engagent ainsi la responsabilité de l'associé, lorsqu'il ne dote pas la société des capitaux nécessaires à son exploitation ou qu'il refuse de la recapitaliser.

490. L'associé fautif d'avoir aggravé le passif de la société. Ce concept de responsabilité de l'associé¹⁴³⁹ est apparu dans un arrêt de la Cour de cassation, en date du 2 octobre 2012¹⁴⁴⁰.

En l'espèce, une société de transport fut mise en liquidation judiciaire. Le liquidateur a engagé la responsabilité de M. Y, associé de la société EMFPPF, pour avoir passé le 7 novembre 1997 une convention de coopération avec la société Vesoul dont il était aussi l'associé majoritaire. Cette convention prévoyait le versement d'une somme importante d'argent, ainsi qu'une ristourne, ce qui a permis de retarder la cessation des paiements de la société de transport jusqu'en 2000, alors que sa situation était irrémédiablement compromise. La Cour de cassation a alors retenu « *que cet accord constituait un soutien abusif de la part de la société EMFPPF dont M. Y était associé majoritaire* ». L'associé est donc condamné à des dommages et intérêts pour une faute, qui semble être l'aggravation du passif de la société.

Le liquidateur sollicita la condamnation de l'associé au titre de l'article 1382 du Code civil. La responsabilité civile délictuelle, comme fondement de cette faute, avait déjà été utilisée par la Cour de cassation¹⁴⁴¹. Pour caractériser la faute de l'associé, le liquidateur a d'abord tenté à titre principal d'obtenir qu'il soit déclaré dirigeant de fait. En l'absence de sanction visant l'associé, il convenait de lui faire endosser la position de dirigeant. Ce n'est qu'à titre subsidiaire, que le liquidateur sollicita la condamnation de l'associé au titre de l'article 1382 du Code civil.

Finalement, la demande principale fut écartée et c'est la demande subsidiaire qui fut retenue par les juridictions du fond. Le 2 octobre 2012, la Cour de cassation valida également cette solution en écartant le grief tiré d'une violation du principe selon lequel nul n'est civilement responsable que de son propre fait. La Cour de cassation retient finalement que M. Y a consenti à des actes faits par des sociétés dont il avait le contrôle, il peut donc être susceptible d'engager sa responsabilité.

Monsieur Favario note que la condamnation de l'associé au visa de l'article 1382 du Code civil est ainsi remarquable. Tout d'abord car l'associé est tenu pour responsable d'une faute de gestion alors que la décision a été « *prise par la société ou, plus précisément, par un de ses organes, effaçant*

¹⁴³⁹ FAVARIO (T.), « La responsabilité de l'associé : « concept émergent » du droit des entreprises en difficulté ? », *BJE*, janv. 2013, n°1, p. 39.

¹⁴⁴⁰ Cass. Com., 2 oct. 2012, n°11-18.460, n°F-D, *BJE*, 1 janv. 2013, n°1, note FAVARIO (T.).

¹⁴⁴¹ Cass. Com., 19 févr. 2008, n°06-20.444, *BJS*, juin 2008, n°110, p. 504.

ainsi l'écran de la personne morale »¹⁴⁴². Ensuite, parce qu'on constate que le droit commun de la responsabilité civile peut pallier les lacunes du droit des procédures collectives, en retenant qu'un : « *associé peut prendre des décisions de gestion susceptibles de dégénérer en fautes de gestion engageant sa responsabilité* »¹⁴⁴³.

Cet arrêt est une étape importante dans l'émergence d'un « *principe de responsabilité de l'associé impliqué dans la défaillance de la société qu'il contrôle* »¹⁴⁴⁴. L'associé pourrait ainsi se trouver condamné pour un acte dont il serait l'auteur et qui aurait entraîné ou aggravé la défaillance de la société. Le liquidateur pourrait donc éviter de passer par une requalification de l'associé en dirigeant de fait, voie difficile du fait des incertitudes de la notion, et obtenir directement la sanction de l'associé. Bien que les dommages et intérêts reviennent aux tiers qui auront engagé l'action, cette possibilité d'engager la responsabilité de l'associé défaillant pourra le dissuader de mettre en danger la société. Cet arrêt met en exergue les risques que peuvent faire courir les associés à la société en difficulté. Il paraît ainsi logique d'engager leur responsabilité s'ils commettent des actes de nature à aggraver les difficultés de l'entreprise.

On peut toutefois s'interroger sur la portée de cet arrêt, lequel semble supposer que tout associé qui viendrait à causer un préjudice à la société, par l'aggravation de son passif ou par un acte entraînant sa défaillance, pourrait engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, devenu désormais l'article 1240 du Code civil. L'émergence d'un principe de responsabilité de l'associé impliqué dans la défaillance de la société qu'il contrôle est souhaitable, il faudra toutefois veiller à ne pas violer le principe de non immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise.

Il faudra encore veiller à ne pas décourager certains associés souhaitant participer financièrement au sauvetage de l'entreprise. À noter que les faits se sont déroulés avant les années 2000. La solution serait peut-être différente de nos jours, du fait de l'article L. 650-1 du Code de commerce, introduit par la loi du 26 juillet 2005¹⁴⁴⁵, lequel dispose que : « *les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables de préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». En effet, le législateur a depuis apporté une certaine sécurité aux créanciers, lesquels ne doivent pas être dissuadés d'aider l'entreprise en difficulté.

¹⁴⁴² Note FAVARIO (T.), sous Cass. Com., 2 oct. 2012, n°11-18.460, n°F-D, *BJE*, 1 janv. 2013, n°1.

¹⁴⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴⁴ FAVARIO (T.), « La responsabilité de l'associé : « concept émergent » du droit des entreprises en difficulté ? », *BJE*, janv. 2013, n°1, p. 39.

¹⁴⁴⁵ Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 – art.1

Cet arrêt est isolé et va à l'encontre de la majorité des décisions rendues en cette matière. Il serait donc très risqué de l'ériger en principe. Les plus optimistes peuvent cependant y voir une avancée sur la voie d'une reconnaissance de la responsabilité de l'associé aggravant la situation de l'entreprise et l'institution d'un principe de loyauté de l'associé envers la société.

491. La responsabilité de l'associé ne dotant pas la société des apports nécessaires à son bon fonctionnement. Finalement, le concept de responsabilité de l'associé ne fut pas consacré par les arrêts rendus plus récemment, mais la question fut notamment posée par la doctrine dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 10 mars 2015¹⁴⁴⁶ traitant de la sous-capitalisation des sociétés.

En l'espèce, M. X et la société rénovation Assistance charpente ont constitué la SARL « *Le Chanoine* ». Le 3 juillet 2008, cette société a été mise en liquidation judiciaire. Le liquidateur a alors assigné madame X et monsieur Y, en leur qualité de gérants de la SARL, en responsabilité pour insuffisance d'actif.

L'arrêt de la cour d'appel condamna madame X à payer une certaine somme sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce, au motif qu'elle n'a pas doté la société qu'elle a créée des fonds propres nécessaires à son fonctionnement dans des conditions normales.

La Cour de cassation a jugé de la responsabilité d'un dirigeant, sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce, pour défaut de mise à disposition des fonds propres nécessaires au bon fonctionnement de la société.

Dans cet arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2015, les juges précisent que l'insuffisance d'apports lors de la constitution de la société ne constitue pas une faute de gestion imputable

¹⁴⁴⁶ Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *FS-P+B, Ribette c/ SEL Hirou*, *BJS*, 2015, p. 244, n°113m1, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Dr. Sociétés*, 1 oct. 2015, n°10, p. 12, note MORTIER (R.) ; *BJE*, juill. 2015, n°4, p. 248-249, note FAVARIO (T.) ; *LPA*, 11 juin 2015, n°116, p. 16, note GARAUD (E.) ; *JCP éd. E*, 4 juin 2015, n°23, p. 16, note DONDERO (B.) ; *Journal des sociétés*, 1 mai 2015, n°130, p. 54, note BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), DE MATOS (A.-M.), PERRUCHOT TRIBOULET (V.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.) ; *Rev. Sociétés* 2015, p. 468, note PORACCHIA (D.) ; *BJE*, n° avr. 2015, p. 4, obs. DIZEL (M.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015/7, comm. 107, note VALLANSAN (J.) ; LEDEN, n°4, avril 2015, note RUBELLIN (P.) ; *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2015, comm. 17, note LEGROS (J.-P.) ; *JCP éd. E* 2015, 1338, note DONDERO (B.) ; *LPA*, 11 juin 2015, p. 16, n°116, note GARAUD (E.) ; Confirmé par : Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15.755, (F.-D.), *BJS*, mars 2016, n°114q7, p. 157, note HEINRICH (J.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2016, comm. 93. Note MARTIN-SERF (A.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015-8, n°289, obs. CAGNOLI (P.) ; *RLDA*, 2015/104, n°5558, note VOINOT (D.).

Notons qu'un arrêt de la cour d'appel de Rouen (CA Rouen, 2^e ch., 23 mai 1991, *Dulière ès qual. c/ sauvageot et autres*, *Dr. Sociétés*, 1991, n°432) avait déjà condamné des associés qui n'avaient pas libéré leurs apports et ainsi commis la faute de créer une société de façon irrégulière et illicite. Cette société avait généré dans un laps de temps très bref, un passif conséquent, faisant encourir aux créanciers un préjudice direct. Les magistrats avaient retenu une faute commune des associés défaillants. Responsables *in solidum*, les magistrats ont considéré que la faute des associés ne devait pas s'arrêter à la seule perte de leurs apports, mais au règlement commun du passif de la société (MESTRE (J.), VELARDOCCIO (D.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), *Lamy Sociétés commerciales*, 2017, n°2642.).

au gérant de la société¹⁴⁴⁷. C'est curieusement et de manière inadaptée que le dirigeant fut condamné pour faute de gestion en appel, alors que ce sont les associés qui ont négligé d'apporter à la société les fonds propres nécessaires pour assurer son fonctionnement dans des conditions viables¹⁴⁴⁸.

Cette jurisprudence apparaît bien venue, dès lors que la faute de gestion se limite à une faute commise par le dirigeant dans l'administration générale de l'entreprise. De fait, l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution est imputable aux associés et non aux dirigeants. Il faut bien distinguer l'associé qui a le devoir de doter la société du financement nécessaire à son développement, du dirigeant chargé de l'administrer¹⁴⁴⁹. De surcroît, la faute de gestion n'est concevable qu'à compter du démarrage de l'activité sociale, alors que le rôle d'apporteur de capital de l'associé préexiste à ce démarrage. Ainsi l'insuffisance des apports consentis ne peut caractériser une faute des dirigeants.

Si la sous-capitalisation ne peut être imputable au dirigeant, lequel a pour mission d'administrer la société, sur le fondement de la faute de gestion, la Cour de cassation précise que c'est à l'associé qu'est imputable l'insuffisance des apports lors de la constitution de la société. La question se pose alors de la responsabilité de l'associé.

En l'absence de texte, la jurisprudence sur les entreprises en difficulté ne traite pas du régime de la responsabilité de l'associé défaillant dans la dotation des capitaux suffisants au bon fonctionnement de la société¹⁴⁵⁰. Il convient alors de se référer au droit commun et au régime de la responsabilité civile délictuelle, lesquels constitueront l'unique voie vers la mise en cause

¹⁴⁴⁷ En effet, la Cour de cassation précise que : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors 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, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

¹⁴⁴⁸ Une cour d'appel a d'ailleurs jugé que le manque de capital social à la constitution de la société constitue « une imprudence fautive » à propos d'une société presse. Le gérant avait été poursuivi pour faute de gestion. (CA Rouen 22 oct. 1983, *D.*, 1985, p. 161, note DAIGRE (J.-J.) ; *Rev. Sociétés*, 1984, p. 764, note LEGRAND (N.)). Une autre cour d'appel a condamné le dirigeant à combler le passif pour fautes de gestion, au motif que lors de la création de la société, il ne l'avait pas dotée de fonds propres suffisants pour assurer le fonctionnement normal de l'entreprise et sans prendre aucune disposition pour rétablir cette insuffisance de fonds propres ((CA Paris, 18 juin 1991, *Bull. Joly*, 1992, §82, p. 277, note COURET (A.)). La cour d'appel a pu aussi prononcer la condamnation des fondateurs pour faute de gestion, à réparer le préjudice subi par les créanciers et la société dotée de fonds propres dérisoires par rapport aux besoins de son exploitation (CA Rouen, 20 oct. 1983, *D.*, 1983, p. 163, note DAIGRE (J.-J.)). Dans une autre société, la Cour de cassation avait également jugé une faute de gestion, au motif « *d'imprudences commises lors du choix de l'activité économique et financement de l'investissement initial* » (Cass. Com., 19 mars 1996, n°94-12.004, *JCP éd. E*, 1996, Pan. 617, et I, 584, n°17).

¹⁴⁴⁹ Sur cette conception « organique » entre l'associé et le dirigeant. V. en ce sens : BARBIERI (J.-P.), « Le dirigeant associé », *Dr. Sociétés*, n°3, mars 2016, dossier 9, n°11.

¹⁴⁵⁰ ZATTARA-GROS (A.-F.), « Sous-capitalisation d'une société en liquidation judiciaire : à la recherche du responsable de l'insuffisance d'actif », *Gaz. Pal.*, éd spécialisée, vendredi 8 mai au mardi 12 mai 2015, n°128 à 132.

de l'associé qui ne dote pas la société du capital social nécessaire¹⁴⁵¹.

Depuis un arrêt du 18 février 2014¹⁴⁵², la Cour de cassation a établi les critères permettant aux tiers d'agir en responsabilité contre l'associé. Un tiers peut désormais engager la responsabilité de l'associé s'il abuse de son droit de vote. La faute de l'associé ne peut être caractérisée envers les tiers contractants que lorsqu'une « *faute intentionnelle d'une particulière gravité ; incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé* »¹⁴⁵³. La chambre commerciale a ici transposé la responsabilité du dirigeant en cas de faute détachable de ses fonctions¹⁴⁵⁴. Néanmoins, rares seront les situations relevant d'une telle définition, les critères pour qualifier cette responsabilité sont très restrictifs et donc difficilement applicables.

Il est ainsi permis de penser que, si toutes les conditions sont réunies, les associés pourraient engager leur responsabilité civile.

Toutefois, une généralisation de la faute de l'associé ne paraît pas souhaitable d'un point de vue juridique, alors que le législateur admet la création d'entreprise sans capital social, ou avec un capital social dérisoire¹⁴⁵⁵. La jurisprudence retient, sur le sujet, des critères assez restrictifs pour qualifier cette faute¹⁴⁵⁶. Indéniablement, la jurisprudence sur les entreprises en difficulté peine à lutter contre le courant libéral et à reconnaître une faute de l'apporteur en capital.

Un auteur a proposé la mise en place d'une responsabilité spécifique au même titre que l'insuffisance d'actif, sur le fondement d'un devoir de diligence¹⁴⁵⁷. Cependant, la jurisprudence a récemment refusé de mettre à la charge des sociétés mères un tel devoir¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵¹ C'est ce que semble admettre un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2015 : Cass. Com., 12 mai 2015, n°13-27.716, *Dr. Sociétés*, 2015, comm., n°163, obs. MORTIER (R.) ; Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *FS-P+B, Ribette c/ SEL Hirou*, *BJS*, 2015, p. 244, n°113m1, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Dr. Sociétés*, 1 oct. 2015, n°10, p. 12, note MORTIER (R.) ; *BJE*, juill. 2015, n°4, p. 248-249, note FAVARIO (T.) ; *LPA*, 11 juin 2015, n°116, p. 16, note GARAUD (E.) ; *JCP éd. E*, 4 juin 2015, n°23, p. 16, note DONDERO (B.) ; *Journal des sociétés*, 1 mai 2015, n°130, p. 54, note BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), DE MATOS (A.-M.), PERRUCHOT TRIBOULET (V.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.) ; *Rev. Sociétés* 2015, p. 468, note PORACCHIA (D.) ; *BJE*, n° avr. 2015, p. 4, obs. DIZEL (M.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015/7, comm. 107, note VALLANSAN (J.) ; LEDEN, n°4, avril 2015, note RUBELLIN (P.) ; *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2015, comm. 17, note LEGROS (J.-P.).

¹⁴⁵² Cass. Com., 18 févr. 2014, n°12-29.752, *ITM c/ Sté Macris et M.X.* : *Bull. civ.*, IV, n°40 ; *BJS*, juin 2014, p. 382, n°111z5, note FAGES (B.) ; *JCP éd. E*, 2014, 1160, DONDERO (B.) ; *D.*, 2014, p. 764, note FAVARIO (T.) ; *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2014, n°107, note BLANC (N.) ; *D.*, 28 févr. 2014, obs. DELPECH (X.).

¹⁴⁵³ V. Notamment sur ce sujet : LECOURT (A.), « Responsabilité personnelle de l'associé majoritaire envers un tiers », *RTD com.* 2019, p. 675.

¹⁴⁵⁴ DONDERO (B.), « La faute séparable des prérogatives de l'associé : une solution claire mais des difficultés perspectives », *JCP éd. E*, 2014, 1160, spéc. n°13.

¹⁴⁵⁵ Cf. *Supra*. n°68.

¹⁴⁵⁶ En ce sens : Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15.755, (F.-D.), *BJS*, mars 2016, n°114q7, p. 157, note HEINRICH (J.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2016, comm. 93., note MARTIN-SERF (A.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015-8, n°289, obs. CAGNOLI (P.) ; *RLDA*, 2015/104, n°5558, note VOINOT (D.).

¹⁴⁵⁷ PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes des sociétés dans les procédures collectives*, th. L.G.D.J., 2013, nos°504 et s.

¹⁴⁵⁸ CA Paris, 17 sept. 2013, *Rev. Sociétés*, 2014, p. 299, note TABOUROT-HYEST (C.).

Cette jurisprudence sur l'insuffisance des apports marque toutefois un premier recul du libéralisme sociétaire. De surcroît, elle démontre une volonté de responsabiliser l'associé face au risque encouru par la société du fait d'un manquement à ses obligations financières.

492. La responsabilité de l'associé refusant de recapitaliser la société. Enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 2015 est venu préciser que le dirigeant ne pouvait être condamné pour faute de gestion lorsque les associés n'ont pas voté la reconstitution des capitaux propres à hauteur de la moitié du capital social¹⁴⁵⁹. Cet arrêt soulève également la question de la responsabilité des associés.

En l'espèce, les dirigeants avaient été condamnés par les juridictions du fond à payer une partie du passif de la société au motif qu'ils avaient commis plusieurs fautes de gestion, dont le fait d'avoir poursuivi l'exploitation de la société alors que les capitaux propres étaient devenus inférieurs à la moitié du capital social. Le défaut de capitalisation dans le délai légal a été considéré par les juges du fond comme une faute de gestion. Les dirigeants font grief à ces décisions et avancent qu'ils ont bien convoqué l'assemblée générale extraordinaire aux fins de recapitaliser la société, mais que les associés ont voté lors de cet assemblée la poursuite de l'activité sans régulariser la situation.

L'arrêt de la Cour de cassation indique 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 ». Cette solution fait écho à la solution rendue par la chambre commerciale à propos de la sous-capitalisation initiale des sociétés¹⁴⁶⁰.

L'arrêt reste toutefois doublement remarquable. Tout d'abord car la Cour de cassation a sanctionné une confusion entre les pouvoirs et les responsabilités de l'associé par rapport à ceux du dirigeant¹⁴⁶¹ et ensuite car elle renvoie une nouvelle fois à la question de la responsabilité de l'associé.

¹⁴⁵⁹ Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15.755, (F.-D.), *BJS*, mars 2016, n°114q7, p. 157, note HEINRICH (J.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2016, comm. 93. Note MARTIN-SERF (A.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015-8, n°289, obs. CAGNOLI (P.) ; *RLDA*, 2015/104, n°5558, note VOINOT (D.).

¹⁴⁶⁰ Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *FS-P+B, Ribette c/ SEL Hirou*, *BJS*, 2015, p. 244, n°113m1, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Dr. Sociétés*, 1 oct. 2015, n°10, p. 12, note MORTIER (R.) ; *BJE*, juill. 2015, n°4, p. 248-249, note FAVARIO (T.) ; *LPA*, 11 juin 2015, n°116, p. 16, note GARAUD (E.) ; *JCP éd. E*, 4 juin 2015, n°23, p. 16, note DONDERO (B.) ; *Journal des sociétés*, 1 mai 2015, n°130, p. 54, note BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), DE MATOS (A.-M.), PERRUCHOT TRIBOULET (V.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.) ; *Rev. Sociétés* 2015, p. 468, note PORACCHIA (D.) ; *BJE*, n° avr. 2015, p. 4, obs. DIZEL (M.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015/7, comm. 107, note VALLANSAN (J.) ; *LEDEN*, n°4, avril 2015, note RUBELLIN (P.) ; *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2015, comm. 17, note LEGROS (J.-P.). Cet arrêt reprend la décision adoptée par deux juridictions du fonds trente ans avant : CA Rouen, 20 oct. 1983, *D.*, 1983, p. 163, note DAIGRE (J.-J.) ; CA Aix-en-Provence, 16 mai 2001, *BRDA*, 3/02, inf. n°7.

¹⁴⁶¹ V. Note HEINRICH (J.), Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15755, (F.-D.) : *BJS*, mars 2016, n°114q7, p. 157.

La Cour de cassation conforte l'idée d'une séparation des responsabilités et des pouvoirs entre l'associé et le dirigeant, déjà affirmée par les arrêts sur l'aggravation du passif et la sous-capitalisation initiale des sociétés.

Elle précise que si le dirigeant a le devoir de convoquer l'assemblée aux fins de voter la reconstitution des capitaux propres, il ne peut en aucun cas être tenu responsable du refus des associés d'y procéder.

Aux termes de l'article L. 225-248 du Code de commerce, le dirigeant a le devoir de convoquer l'assemblée générale extraordinaire « *si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social* »¹⁴⁶². Le manquement à ce devoir n'est plus sanctionné pénalement depuis la loi n°2012-387 du 12 mars 2012. Cette défaillance continuait néanmoins de caractériser une faute de gestion¹⁴⁶³. Elle permet d'engager au titre de l'article L. 651-2 du Code de commerce la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif et de le contraindre à supporter tout ou partie du passif social, pour peu que cette faute de gestion ait contribué à une insuffisance de l'actif.

L'arrêt du 13 octobre 2015 vient ainsi préciser que la faute de gestion ne sera caractérisée que si le dirigeant n'a pas procédé à la convocation de l'assemblée générale en vue de la régularisation. Au contraire, aucun grief ne sera retenu contre le dirigeant qui a convoqué l'assemblée, si les associés ne votent pas la régularisation du capital¹⁴⁶⁴. La loi disposait très clairement que le dirigeant n'avait qu'un devoir de convocation et non une obligation de résultat sur la recapitalisation. De plus, cette sanction, injuste à l'égard du dirigeant, revenait à confondre les pouvoirs de celui-ci avec ceux des associés. Le dirigeant n'a en effet aucun pouvoir sur la constitution du capital social, sauf s'il est également associé.

Pour autant, est-il juste de considérer que le dirigeant est toujours irresponsable de ce défaut de recapitalisation ? Plusieurs auteurs répondent par la négative et ont émis l'hypothèse d'un devoir « *du dirigeant de suggérer des solutions aux associés* »¹⁴⁶⁵. Le dirigeant serait alors redevable

¹⁴⁶² Ce devoir existe notamment pour les SARL à l'article L. 223-42 du Code de commerce.

¹⁴⁶³ V. Pour exemples : Cass. Com., 29 avr. 2014, n°13-11.798 ; CA Paris, 3^e ch. A, 17 févr. 2009, *RJDA*, 6/09, n°564 ; *Rev. Sociétés*, 2009, p. 671, obs. URBAIN-PARLEANI (I.) ; Cass. Com., 11 oct. 2011, n°10-20.423, *Gaz. Pal.*, 21 janv. 2012, p. 11, n°21, note MONTERAN (T.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2012, comm. n°98, note MARTIN-SERF (A.).

¹⁴⁶⁴ Comme le remarque le professeur Heinich (V. Note HEINICH (J.), sous Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15.755, *BJS*, 1 mars 2016, p. 34, n°3), la distinction n'était pas claire dans certains arrêts antérieurs : Cass. Com., 11 oct. 2011, n°10-20.423, *Gaz. Pal.*, 21 janv. 2012, p. 11, n°21, note MONTERAN (T.).

¹⁴⁶⁵ Rapp. CA Grenoble, ch. Com. 2 févr. 2012, n°10-04.268, *Dr. Sociétés*, 2012, comm. n°188, obs. LEGROS (J.-P.) ; Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *FS-P+B, Ribette c/ SEL Hirou*, *BJS*, 2015, p. 244, n°113m1, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Dr. Sociétés*, 1 oct. 2015, n°10, p. 12, note MORTIER (R.) ; *BJE*, juill. 2015, n°4, p. 248-249, note FAVARIO (T.) ; *LPA*, 11 juin 2015, n°116, p. 16, note GARAUD (E.) ; *JCP éd. E*, 4 juin 2015, n°23, p. 16, note DONDERO (B.) ; *Journal des sociétés*, 1 mai 2015, n°130, p. 54, note BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), DE MATOS (A.-M.), PERRUCHOT TRIBOULET (V.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.) ; *Rev. Sociétés* 2015, p. 468,

d'une obligation de moyens, celle de les alerter sur un vote favorable à la continuation de la société et à sa recapitalisation.

Si le dirigeant ne peut être tenu pour responsable de la continuation de la société avec des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social, qu'en est-il de l'associé ?

Sur quel fondement l'associé pourrait-il engager sa responsabilité ?

Le refus de reconstituer les capitaux propres par l'assemblée générale extraordinaire peut tout d'abord constituer un abus du droit de vote de l'associé, à condition que le vote soit contraire à l'intérêt social et ait pour seul objectif de favoriser l'intérêt personnel de l'associé au détriment de celui de l'ensemble des autres associés.

Il convient de rappeler que la faute de l'associé ne peut être caractérisée envers les tiers contractants qu'en présence d'une « *faute intentionnelle d'une particulière gravité ; incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé* ». En l'espèce, le refus de recapitaliser la société peut en effet constituer une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé.

Toutefois, on rejoindra la doctrine qui appelle à la prudence s'agissant d'une généralisation de cette responsabilité de l'associé, laquelle doit rester exceptionnelle et très encadrée.

493. La notion d'associé responsable participe à l'évolution de notre droit des affaires, qui contraint l'associé à prendre en compte la société et les intérêts qu'elle représente. Le principe d'une participation financière de l'associé lorsque l'entreprise est en difficulté est un prolongement de cette idée, il doit cependant être distingué de la notion d'associé responsable, laquelle repose sur une faute de l'associé.

B) La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, non fondée sur une faute

494. L'obligation faite à l'associé de libérer l'apport dès le jugement d'ouverture, ou l'obligation de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social, ne peuvent être fondée sur une faute de l'associé.

495. L'obligation née d'un fait juridique. Selon l'article L. 1100-2 du Code civil, certains agissements ou événements, n'ayant pas pour but de créer des effets de droit, vont tout

note PORACCHIA (D.) ; *BJE*, n° avr. 2015, p. 4, obs. DIZEL (M.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015/7, comm. 107, note VALLANSAN (J.) ; LEDEN, n°4, avril 2015, note RUBELLIN (P.) ; *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2015, comm. 17, note LEGROS (J.-P.).

de même créer une obligation vis-à-vis de leur auteur. Si cet agissement dépasse le cadre fixé par la loi, ce fait sera constitutif d'obligation, dans le cadre d'un délit ou d'un quasi-délit. En effet, « *l'homme faillible et responsable* » a le devoir de répondre et de réparer ses fautes¹⁴⁶⁶. L'obligation consisterait alors à réparer la faute commise. Ainsi, dans le cadre d'un fait juridique, l'auteur peut engager sa responsabilité civile. Le professeur Savatier précisait que : « *Celle-ci attache, aux activités d'une personne qui se révèlent dommageables, une obligation, pour elle, de réparer les préjudices subis, de leur fait, par autrui* »¹⁴⁶⁷. Tandis que la responsabilité contractuelle sanctionne la défaillance d'un contractant, la responsabilité délictuelle intervient pour tous les autres cas, « *en vrac* »¹⁴⁶⁸. Reste à savoir si les contraintes faites à l'associé, de libérer son apport au jour du jugement d'ouverture et de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social, constituent des obligations répondant à la réparation d'une faute de l'associé.

496. L'existence d'une faute. Une première question se pose de savoir ce qu'est une « *faute* » ? Pendant longtemps, la faute a été considérée comme la base de toute responsabilité sans pour autant faire l'objet d'étude¹⁴⁶⁹. Selon le droit positif, la naissance de la responsabilité dépend d'un fait fautif, parfois non fautif et quelque fois d'une faute présumée. Dans le cadre d'un fait fautif, la faute se décompose en deux éléments : un fait illicite imputable à son auteur et l'inexécution d'un devoir préexistant ou une défaillance dans la conduite, en prenant le bon père de famille comme modèle de la conduite irréprochable.

La faute implique d'une part un fait illicite. Il sera alors difficile de trouver un texte sanctionnant l'associé de ne pas avoir libéré son apport alors qu'il avait connaissance des difficultés de l'entreprise ou lui reprochant d'avoir respecté le terme fixé dans les statuts. Les articles L. 624-20 et L. 631-19-1 du Code de commerce viennent uniquement contraindre l'associé à libérer immédiatement ou à reconstituer les capitaux propres lorsque l'entreprise est en procédure collective. Ces articles ne viennent pas en réponse à un texte qui obligerait l'associé de préserver la société. On ne peut donc parler de fait fautif dans ces circonstances.

La faute suppose, d'autre part, la violation d'un devoir préexistant¹⁴⁷⁰. La faute suppose que

¹⁴⁶⁶ FIORINA (D.), *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, th. Toulouse 1, 1984, n°9, p. 12.

¹⁴⁶⁷ SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n°216, p. 269.

¹⁴⁶⁸ *Ibid*, n°221, p. 275.

¹⁴⁶⁹ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°11, p. 7.

¹⁴⁷⁰ PLANIOL aboutissait à la conclusion que dans toute faute, il y a un manquement à « *une obligation préexistant* » (PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 11^{ème} éd. 1931, n°863 ; SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile en dr. Français*, Dalloz, 2^{ème} éd. 1951 Paris, n°4 ; GOMAA (M.K. N.), *Théorie des sources de l'obligation*, th., L.G.D.J., 1968, n°102, p. 114 ; MAZEAUD (L. H.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, Éd. Montchrestien, 160, rue St. Jacques, Paris VI^e, 6^{ème} éd. 1965, n°391, p. 469), qui est non pas

son auteur n'ait pas agi en bon père de famille¹⁴⁷¹. Ce devoir serait alors la cause de l'implication de l'associé, une sorte de devoir de secours.

Par exemple, en droit des sociétés, pour caractériser la faute de gestion d'un dirigeant, le juge compare sa situation à celle d'un homme normalement diligent¹⁴⁷². Le dirigeant doit suivre les décisions prises par la majorité, mais un bon dirigeant doit d'abord agir en faveur de l'intérêt social. Il a le devoir de s'opposer à une décision qu'il juge « étrangère à la gestion régulière de la société »¹⁴⁷³.

La question se pose ainsi de savoir si la participation financière imposée à l'associé en procédure collective n'aurait pu être évitée, si l'associé avait agi de manière prudente ? N'aurait-il pas dû exécuter ses obligations avant l'ouverture de la procédure collective ? Selon l'article L. 624-20 du Code de commerce, l'associé peut être contraint à libérer son apport. En droit des sociétés, l'exigibilité de l'apport dépend de l'intervention de l'organe dirigeant ou du terme fixé par les associés dans les statuts, néanmoins l'associé ne doit-il pas agir de lui-même avant la survenance de difficultés sérieuses pour l'entreprise. Le défaut de libération de l'apport accentue le risque de faillite pour l'entreprise. Dans le même sens, le professeur Saintourens pense que le vote par un mandataire en lieu et place des associés ayant refusé une reconstitution des capitaux propres

une obligation, mais un devoir (en ce sens : MAZEAUD (L. H.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, Éd. Montchrestien, 160, rue St. Jacques, Paris VI^e, 6^{ème} éd. 1965, n°392, p. 470). Un devoir préexisterait toujours à une faute. Cette idée avait déjà été mise en avant par Savatier¹⁴⁷⁰. D'autres auteurs cheminent dans ce sens, comme Yung : « toute responsabilité fondée sur la faute en droit civil suppose l'existence préalable d'un devoir et la violation de ce devoir » (YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », 1968, éd. Universitaires Fribourg Suisse, in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*), ou encore Gomaa qui juge : « la faute, erreur de conduite, qui implique un jugement de valeur » (GOMAA (M.K.N.), *Théorie des sources de l'obligation*, th., L.G.D.J., 1968, n°104, p. 115 ; dans le même sens : CARBONNIER, *Droit civil*, T. I, II, n°177, 1959). L'auteur explique qu'un jugement de valeur correspond à une appréciation de conduite humaine, conformément aux règles préétablies par la loi (KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduit en français par EISENMANN (C.), Dalloz, 1962, p. 23-32), ce qui implique donc un devoir. On pourrait donc admettre provisoirement que la faute est l'inobservation des normes de conduite en vigueur. Puisque l'article 1240 du Code Civil n'a pas donné au mot « faute » un sens technique particulier, il garde son sens moral et social. Donc pour condamner le fautif, à être en faute, il faut apprécier sa conduite conformément aux normes juridiques, morales, religieuses et d'usages en vigueur (COLIN (A.), CAPITANT (H.) et JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *Traité de droit civil*, Dalloz, T. II, 1959, n°1094 : qui explique que la faute est « une notion à la fois morale et sociale ». « Elle relève de la psychologie de l'individu, du comportement de l'individu et de sa volonté, partie de la sociologie et de l'opinion publique du milieu dans lequel l'individu a agi »). Bien que le législateur s'efforce de préciser chaque devoir qui nous incombe, nombre d'entre eux ne sont pas déterminés par la loi. En l'absence de texte guidant la conduite des individus, c'est à « l'obligation générale de prudence et de diligence » qu'il convient de se référer (MAZEAUD (L. H.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, VI^e éd. Éd. Montchrestien, 1965, 160, n°392, p. 471). De manière générale, selon plusieurs auteurs, pour qu'il y ait une faute, il faut pouvoir reprocher à quelqu'un de ne pas avoir fait ce qu'il aurait dû faire (Sur la faute : PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 1931, n°863 ; ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°1, p. 98).

¹⁴⁷¹ ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°1, p. 97.

¹⁴⁷² GROSSI (I.), *Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, th. Aix-Marseille, 1998, n°57.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, n°62.

nécessaire au sauvetage de l'entreprise « *constitue une sorte de sanction* »¹⁴⁷⁴. Ainsi, c'est ce manque d'implication de l'associé qui explique les mesures drastiques dispositions du droit des procédures collectives prise à l'égard de l'associé, dont le fondement pourrait être expliqué par la réparation d'une faute de celui-ci.

Néanmoins, cette conception poserait de nombreuses problématiques en termes de preuve. L'associé pourra pour se défendre en invoquant qu'il n'avait aucun contrôle sur les événements, notamment s'il n'avait pas été informé des difficultés de l'entreprise ou qu'il était dans l'incapacité d'apporter les sommes dues. La faute ne lui étant alors pas imputable. Il est en effet difficile de rendre responsable l'associé des difficultés de la société, celui-ci n'étant pas toujours responsable de sa déliquescence. Il est ainsi compliqué d'assimiler les contraintes pesant sur l'associé en procédure collective à des sanctions.

L'hypothèse d'une faute à l'origine des contraintes imposées à l'associé semble peu acceptable pour fonder ces privations de liberté.

497. L'exigibilité anticipée de la libération de l'apport n'est pas une sanction.

En effet, la contrainte d'une exigibilité anticipée de la libération de l'apport, dans le cadre particulier où celle-ci aura été prévue par les statuts, ne constitue pas une sanction. Selon Rouast : « *toute déchéance n'a pas un caractère répressif. Le but du législateur en l'édictant est quelquefois simplement d'éviter que soient compromis des intérêts légitimes auxquels l'activité de l'intéressé risque de nuire. Ce n'est pas une réparation, car la mesure est appliquée avant que se produise le préjudice ou sans qu'il soit besoin de prouver l'existence d'un préjudice. Ce n'est pas davantage une punition, parce qu'il ne s'agit pas de réprimer une fraude, ni même une simple mauvaise foi ; on ne fait pas état de l'intention coupable de l'intéressé* »¹⁴⁷⁵. Le déplacement de l'exigibilité à une date antérieure à celle qui était prévue, ne vient pas répondre à une faute de l'associé, elle vient plutôt prévenir le risque d'insolvabilité de la société ou éventuellement de l'associé.

Les causes de l'avancement de l'exigibilité peuvent être légales ou contractuelles. En général, c'est sur l'article L. 1305-4 du Code civil que repose l'exigibilité immédiate de l'obligation. Cet article dispose que : « *Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* ». Dans cette situation, l'objectif est clairement de protéger le créancier. L'article L. 624-20 du Code de commerce poursuit le même objectif de protection des créanciers.

¹⁴⁷⁴ SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°13.

¹⁴⁷⁵ ROUAST (A.), « Déchéance protectrices et déchéances répressives dans le droit des successions », *RTD Civ.*, 1952, p. 1, spéc. n°3.

498. Par voie de conséquence, rendre responsable l'associé des difficultés de l'entreprise serait donc injustifié et contraire aux principes du droit des entreprises en difficulté. Il convient ainsi d'écarter toute idée de faute de l'associé pour fonder le principe de participation de celui-ci au sauvetage de l'entreprise. C'est donc dans l'acte juridique, dans l'engagement de l'associé, que ces contraintes semblent se fonder, comme un engagement implicite de subvenir aux besoins de l'entreprise.

§II - Le principe de participation de l'associé, prolongement des obligations de l'associé

499. En principe, l'associé est soumis par son statut à deux obligations : la libération de l'apport et la contribution aux pertes. Ces obligations sont inhérentes à la qualité même de l'associé¹⁴⁷⁶. L'implication de l'associé et les obligations qui en découlent ne semblent pas imposer à l'associé des engagements supplémentaires. Le mérite du législateur est d'avoir mis en place des règles, impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, sans porter atteinte au principe d'intangibilité des engagements des associés.

500. Contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine, on considère que l'obligation de contribuer aux pertes constitue une obligation distincte de l'obligation de libération. Ces auteurs considèrent que la libération de l'apport souscrit constitue l'unique obligation de l'associé¹⁴⁷⁷. En général, l'obligation de contribuer aux pertes est minimisée¹⁴⁷⁸. Il semble plus juste de distinguer l'obligation de faire un apport et l'obligation de contribuer aux pertes.

¹⁴⁷⁶ V. C. Civ. Art. 1832 et C. Civ. Art. 1843-3.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°17, p. 26 ; BARILLON (C.), *Le critère de la qualité d'associé, étude en droit français des sociétés*, th. PUAM, préface de COQUELET (M.-L.), 2016, n°140 et n°348.

¹⁴⁷⁷ En ce sens : GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°2060, p. 360 ; GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°35, p. 70 ; GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°18, p. 20). Citons certains auteurs, qui expliquent que le souscripteur d'une action doit verser son apport, « quand il accomplit cette obligation, il n'est plus tenu d'aucune autre » (GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°2060, p. 360).

Monsieur Godon suppose que ces deux obligations se confondent lorsque la responsabilité est limitée aux apports (GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°18, p. 20).

¹⁴⁷⁸ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°69, p. 78.

501. En effet, il ressort de l'article 1832 du Code civil deux obligations financières : la libération de l'apport et la participation aux pertes sociales. Monsieur Buchberger partage également cette idée, il reconnaît que « *coexiste aux cotés de l'apport une autre obligation présente dans toutes les sociétés : celle de contribuer aux pertes* »¹⁴⁷⁹. Il est toutefois vrai que dans des sociétés où la responsabilité est limitée, une fois que l'associé a libéré l'apport souscrit, il n'a plus aucune obligation envers la société. Même en cas de pertes importantes, l'associé ne peut être contraint à effectuer un nouvel apport conformément au principe d'intangibilité des engagements des associés. Cependant, il ne faut pas confondre ces deux obligations. L'apport est une créance subordonnée pour l'associé¹⁴⁸⁰, il ne peut la récupérer que si les pertes sont intégralement payées. C'est dans ce cas que se manifesterait la contribution aux pertes. Il convient donc d'apprécier de façon distincte ces deux obligations.

502. La participation financière de l'associé semble alors naître de l'obligation de libérer l'apport (**A**) et de l'obligation de contribuer aux pertes (**B**) propre à chaque associé.

A) La participation financière de l'associé fondée sur l'obligation de libération

503. L'article L. 624-20 du Code de commerce impose à l'associé de libérer son apport dès le jugement d'ouverture. Cette contrainte ne constitue pas un engagement supplémentaire pour l'associé. Elle est la simple application de l'obligation de libération, dont seul le terme est rapproché au nom de ce principe de participation de l'associé.

504. Les deux fonctions de l'apport. L'apport aurait deux fonctions. D'une part, il est indispensable pour l'acquisition de la qualité d'associé¹⁴⁸¹. D'autre part, il serait nécessaire à la finalité de la société, car sans apports les objectifs de la société qui est de faire des bénéfices

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, n°57, p. 71.

¹⁴⁸⁰ MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, th. 2001, n°302, p. 237 ; BARBIERI (J.-F.), « Associés et obligataires d'une société « failli » », *Rev. Proc. Coll.* 1991, p. 153, spéc. 158.

¹⁴⁸¹ Pour reprendre l'expression de Viandier : « *La qualité d'associé se confond avec la qualité d'apporteur* » (VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°17, p. 26). La libération de l'apport constitue l'obligation « *minimale et irréductible* » de l'associé. L'apport est un élément fondamental qui permet de déterminer qui est associé (PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. T. 402, L.G.D.J., 2003, n°486, p. 275). Il ne semble y avoir aucun autre moyen d'accéder à cette qualité. On peut cependant relever quelques discordances à ce principe, comme la souscription par prête-nom, l'indivision d'actions... L'apport est l'obligation incontournable pour obtenir la qualité d'associé, elle permet ainsi de distinguer l'associé d'un salarié, d'un obligataire ou d'un créancier, notamment dans le cadre d'une avance en compte courant. C'est la condition fondamentale de toute personne prétendant à la qualité d'associé et cela peu importe la forme de la société.

et des économies ne pourraient être atteints. C'est sur cette seconde fonction que reposerait l'implication de l'associé.

505. Fonction de l'apport : favoriser l'activité de l'entreprise. Il est permis de rechercher dans l'obligation de libération une manifestation de l'implication de l'associé. La libération de l'apport est l'exécution d'un engagement de l'associé envers la société. L'apport est incontestablement effectué au service de l'institution. On rejoindra monsieur Libchaber¹⁴⁸² qui considère que les associés ne s'obligent pas entre eux à des obligations : « *ils s'engagent ensemble à l'égard d'un but commun* »¹⁴⁸³. L'exigibilité immédiate ne peut être expliquée par un lien entre les associés qui leur imposerait de libérer l'apport dès le jugement d'ouverture.

Aucune disposition en droit des sociétés ne vient cependant définir ce qu'est un apport, il convient alors de se référer aux études de la doctrine¹⁴⁸⁴. L'apport désignerait « *l'opération juridique consistant à mettre certains biens à la disposition de la société pour la réalisation de l'objet social* »¹⁴⁸⁵. L'apport serait donc lié à l'objet social. De même, selon le professeur Germain : « *l'objet de la société, si on prend le mot dans le sens qui lui est donné par le droit des contrats est l'ensemble des biens apportés par les associés en vue de l'exploitation commerciale ; ces apports forment le capital social* »¹⁴⁸⁶. Selon plusieurs auteurs, l'apport est « *le bien qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société en vue de l'exploitation* »¹⁴⁸⁷. L'exigibilité de l'apport au jour du jugement d'ouverture vient rappeler la première fonction de l'apport qui est de servir l'exploitation. L'apport aurait donc pour finalité de lancer l'activité de l'entreprise.

À la différence des autres contrats, la cause de la société ne se trouve pas dans l'échange d'un bien. Conformément à l'alinéa 1 de l'article 1832 du Code civil, il s'agit d'un contrat où deux ou plusieurs personnes décident « *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 société est en effet un outil juridique destiné à fonder un projet économique à but lucratif¹⁴⁸⁸, permettant de séparer le

¹⁴⁸² LIBCHABER (R.), *La société, contrat spécial, Dialogues avec Jeantin (M.)*, Dalloz, 1999, n°4, p. 281.

¹⁴⁸³ LEGROS (J.-P.), « Associé et redressement judiciaire », *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2013, comm. 109.

¹⁴⁸⁴ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. T. 402, L.G.D.J., 2003, n°487, p. 275.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, n°190, p. 25.

¹⁴⁸⁶ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1548, p. 45.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, n°1549, p. 45.

¹⁴⁸⁸ La société se distingue d'autres structures, comme l'association par le but intéressé de faire des bénéfices. Les juges ont défini le bénéfice au sens de l'article 1832 du Code civil comme le « *gain pécuniaire ou matériel qui ajouterait à la fortune de l'associé* » : Cass. Ch. Réun., 11 mars 1914, *Caisse rurale de la commune de Manigod*, DP 1914, 1, 257, note L.S. ; V. également pour une définition comptable du bénéfice, l'article L. 123-13 alinéa 2 du Code de commerce.

patrimoine de la personne morale de ses associés¹⁴⁸⁹.

Le contrat de société repose sur trois conditions pour les associés « *la recherche de bénéfices et d'économies, la mise en commun des apports et l'affectio societatis* »¹⁴⁹⁰. Les deux premiers éléments sont cités à l'article 1832 du Code civil, la jurisprudence et la doctrine ajoutent l'*affectio societatis*. Pour les moyens d'atteindre ce but, c'est la mise en commun d'apport qui va permettre la création ou la continuation de l'activité. Cette obligation de libération pèse donc sur « *chaque associé individuellement, quelle que soit la forme sociale choisie et même en l'absence de personnalité morale reconnue* »¹⁴⁹¹. Il ressort de cette obligation qu'elle est un acte volontairement consenti. Ainsi, selon Godon : « *l'associé souscrit aux obligations ou aux devoirs du pacte social* »¹⁴⁹². Il se serait engagé à donner les moyens d'exploitation à l'entreprise et donc à assurer son développement même si celle-ci subit des difficultés. Il est d'ailleurs impossible de modifier ou d'augmenter les engagements pris par les associés¹⁴⁹³, conformément aux articles 1836 alinéa 2 et 1128 du Code Civil qui imposent le consentement des parties¹⁴⁹⁴. L'implication financière de l'associé reposerait donc sur son engagement de libérer l'apport.

En effet, l'obligation de libération est directement en lien avec le développement de l'activité. La libération anticipée au jour du jugement d'ouverture va en ce sens, car la libération intégrale du capital va permettre la relance de l'activité¹⁴⁹⁵.

506. L'implication de l'associé en germe dès la conclusion du contrat de société. Selon l'article 1101 du Code civil, l'obligation prend sa source dès la conclusion du

¹⁴⁸⁹ Même si cet intérêt est à nuancer dans la mesure où il existe des sociétés n'ayant pas la personnalité juridique : MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°9, p. 15.

¹⁴⁹⁰ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. T. 402, L.G.D.J., 2003, n°342, p. 183.

¹⁴⁹¹ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°19, p. 21.

¹⁴⁹² *Ibid.*, n°1, p. 3.

¹⁴⁹³ Sur « *la nature contractuelle de l'engagement de l'associé. Il en est ainsi du droit à la non-augmentation des obligations initiales : de même qu'un contrat ne peut être modifié que par l'accord de tous les contractants, les engagements des associés ne peuvent être accrus qu'avec leur consentement* » : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°122, p. 121.

¹⁴⁹⁴ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. 1999, Coll. Droit des affaires, Economica, n°1, p. 3.

¹⁴⁹⁵ La réalisation de techniques sociétaires destinées à retrouver cet équilibre financier. La société ne peut émettre un emprunt obligataire ou réaliser une augmentation de capital en numéraire avant d'avoir appelé le non versé (C. Com. Art. L. 225-131, al. 1 et C. Com. Art. L. 228-39, al. 3).

Elle permet à l'entreprise de demander de nouveaux concours. « *Toute entreprise suppose une mise initiale et a besoin d'apports avant de pouvoir espérer le moindre crédit de ses banquiers, de ses fournisseurs ou du public* » : DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, T. 2, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 29 ; La communauté d'apports : « *La société est créancière de ses actionnaires, elle doit faire rentrer sa créance avant de chercher de nouveaux bailleurs de fonds* » : GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°2063, p. 361 ; Dans le même sens : GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°29, p. 27.

contrat¹⁴⁹⁶. Si l'on considère que l'obligation de libération de l'apport naît à la conclusion du contrat de société, l'exigibilité de cette libération au jour du jugement d'ouverture ne constitue pas une nouvelle obligation.

Même si une doctrine, dite réaliste défend l'idée que l'obligation peut naître lors de l'exécution de celui-ci, la doctrine majoritaire, dite classique, soutient effectivement que les obligations ne peuvent naître qu'à la conclusion du contrat¹⁴⁹⁷.

La contrainte pesant sur l'associé de secourir l'entreprise en difficulté prend donc naissance à la conclusion du contrat, alors même qu'elle demeure en sommeil jusqu'à l'ouverture de la procédure collective.

507. La superposition de l'obligation de libération et de l'implication financière de l'associé. De toute évidence l'associé s'est engagé à libérer son apport. Le droit des entreprises en difficulté ne fait qu'avancer le moment de l'exigibilité sans imposer une nouvelle obligation à l'associé. Cette libération anticipée semble être née du contrat de société. Par la libération de l'apport, expression de l'implication de l'associé, l'associé est-il contraint à une nouvelle obligation ?

Cette obligation de libération provient de la qualité même d'associé qui suppose l'affectation d'un apport à l'entreprise commune. L'associé consent ce transfert de propriété dès la souscription, qui peut être défini comme l'engagement de l'associé d'apporter à la société une somme d'argent ou un bien¹⁴⁹⁸. *A priori*, le jugement d'ouverture ne fait que rendre exigible l'obligation de libération. Il n'y a pas création d'une nouvelle prestation consentie ou imposée à l'associé. L'article L. 624-20 du Code de commerce ne fait que rendre exigible la dette qui pèse sur l'associé, dette à laquelle il a lui-même consenti. La déchéance du terme ne porte pas atteinte aux engagements des associés, dans la mesure où l'article 1843-3 du Code civil autorise l'exécution de la libération.

¹⁴⁹⁶ Selon un arrêt de la Cour de cassation : « les obligations contractuelles prennent naissance, sauf convention contraire, au jour de la conclusion du contrat et non au jour de leur exécution » (Cass. Civ., 16 juill. 1986, *Bull. Civ.*, I, n°212 ; *RTD Civ.*, 1987, p. 748, note MESTRE (J.)). Selon la Cour de cassation, les obligations naissent de la conclusion du contrat, elles ne peuvent naître après. Des enjeux très importants sont liés à la date de naissance de la créance en droit des entreprises en difficulté, le créancier sera notamment qualifié d'antérieur ou de postérieur par rapport au jugement d'ouverture (V. Notamment en ces sens : POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, T. 1, 1832, n°2).

¹⁴⁹⁷ GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., préface de OPHELE (C.), 2006, p. 67.

¹⁴⁹⁸ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th., T. 402, L.G.D.J., 2003, n°499, p. 283.

508. On a donc une superposition de l'engagement pris par l'associé de libérer un apport et de son soutien, les deux ne concernant qu'une seule et même obligation. L'obligation de contribuer aux pertes constitue l'autre manifestation de l'implication financière de l'associé.

B) La participation financière de l'associé fondée sur l'obligation de contribuer aux pertes

509. Malgré quelques points de discordance entre l'obligation de contribuer aux pertes et le principe de participation de l'associé, on peut toutefois considérer que l'obligation de contribuer aux pertes constitue un second fondement au principe de participation financier de l'associé.

510. **L'obligation de contribuer aux pertes liée à la qualité d'associé.** En droit des entreprises en difficulté, l'associé peut être contraint à la reconstitution des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social¹⁴⁹⁹. Cette obligation semble être une nouvelle manifestation de l'obligation de contribuer aux pertes à la charge des associés¹⁵⁰⁰.

511. L'article 1832 du Code civil dispose en effet que : « *Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». Cette obligation incombe à chaque associé¹⁵⁰¹, sans distinction de la forme

¹⁴⁹⁹ Pour la procédure de sauvegarde : C. Com. Art. L. 626-3 ; Pour la procédure de redressement judiciaire : C. Com. Art. L. 631-19-1.

Rappelons que ces articles doivent être distingués des articles L. 223-42 et L. 225-248 du Code de commerce, lesquels ne sont pas applicables « *aux sociétés en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou qui bénéficient d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire* ».

¹⁵⁰⁰ Monsieur Coupet préfère la notion de risque de pertes à la contribution aux pertes (COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th., T. 561, L.G.D.J., préface de SYNDET (H.), 2015, n°114, p. 122. Souvent définie comme découlant d'un droit naturel (POTHIER (R.-J.), *Du contrat de société*, T. 2, 1781, n°4 et n°21), le risque de pertes est inhérent à la notion même de société (KENDERIAN (F.), « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, p. 617.). Le terme de pertes n'apparaît pas dans la définition de la société définie à l'alinéa 1 de l'article 1832 du Code civil. Il n'apparaît que dans l'alinéa 3 qui dispose que « *les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». Cette absence de la notion de pertes dans la définition de la société s'explique car le législateur a considéré que les fondateurs d'une société n'avaient pas pour objectif de contribuer aux pertes et qu'elle n'avait donc pas à figurer dans la définition de la société. Ce qui explique son choix de privilégier les termes de risque de pertes, plutôt que de contribution aux pertes.

¹⁵⁰¹ Pour les sociétés à responsabilité limitée, la contribution aux pertes est liée à l'exigence d'un apport, qui est l'élément qui caractérise l'associé (VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°2, p. 13). Et l'une des caractéristiques de l'apport est d'être soumis aux aléas sociaux. Ce qui induit que tous les associés sont soumis à l'obligation de contribuer aux pertes. Cependant, si tout associé s'engage à contribuer aux pertes rien n'est garanti qu'il assume un risque de pertes (COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th. T. 561, L.G.D.J., préface de SYNDET (H.), 2015, n°119, p. 128). La question a pu se poser pour les personnes entrant dans le capital par l'attribution gratuite d'actions, prévue par la loi du 30 décembre 2004. Ce mécanisme permet d'attribuer gratuitement des actions aux salariés et mandataires sociaux. Il n'y a donc pas de contrepartie. Certains auteurs ont donc fait la remarque qu'il ne contribuait pas aux pertes. Même si la contrepartie n'est pas un apport, il existe tout de même une contrepartie qui est le travail des salariés, cela s'apparente donc plus à une rémunération.

de la société, que la responsabilité des associés soit limitée ou illimitée. Les associés constituent la société en vue de faire des bénéfices, mais doivent également s'engager à contribuer aux pertes¹⁵⁰². Le risque de perdre son apport est assimilé à l'obligation pour tout associé de contribuer aux pertes.

512. Notons que la contribution aux pertes¹⁵⁰³ doit être distinguée de l'obligation aux dettes sociales¹⁵⁰⁴. Le choix des associés d'opter pour une société à risque illimité engage les associés au risque d'une extension des dettes de la société à leur patrimoine personnel¹⁵⁰⁵. Alors que la société à risque limité est un outil de gestion du patrimoine privilégié afin de limiter les risques financiers inhérents à l'activité. Cette obligation n'interviendra que si, lors de la liquidation de la société, des pertes apparaissent. La constitution d'une société à responsabilité limitée permet de limiter ce risque, à la seule perte de l'apport.

513. L'implication financière de l'associé fondée sur l'obligation de contribuer aux pertes. Certains auteurs ont cherché à trouver un fondement à ces nouvelles contraintes imposées aux associés en droit des entreprises en difficulté. Une majorité de la doctrine semble admettre que la participation de l'associé est une manifestation de l'obligation de contribuer aux pertes. Cette obligation expliquerait l'exigibilité immédiate de l'apport dès le jugement d'ouverture¹⁵⁰⁶ et la reconstitution des capitaux propres forcée institué par l'article L. 631-9-1 du Code de commerce.

514. Le rejet de l'obligation de contribuer aux pertes comme fondement de l'exigibilité immédiate dès le jugement d'ouverture. Une partie de la doctrine considère tout d'abord que l'exigibilité immédiate de l'apport est à mettre en lien avec l'obligation de contribuer aux pertes. Il en est ainsi des professeurs Germain et Magnier qui pensent que : « *Dans les sociétés en procédure collective, le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social (C. Com. Art. L. 624-20). Le principe de l'obligation des associés de contribuer aux pertes de la société conduit à un résultat proche* »¹⁵⁰⁷. Ils notent ainsi une ressemblance entre les effets

¹⁵⁰² VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°36, p. 45.

¹⁵⁰³ C. Civ. Art. 1832.

¹⁵⁰⁴ C. Civ. Art. 1857.

¹⁵⁰⁵ L'obligation aux dettes sociales donne droit aux créanciers à un droit au remboursement sur le patrimoine personnel de l'associé indéfiniment responsable. Elle permet aux créanciers de la société d'avoir un gage commun sur le patrimoine des associés (FIORINA (D.), *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, th. Toulouse 1, 1984, n°3, p. 3).

Sur l'obligation aux dettes sociales de l'associé : PAGNUCCO (J.-C.), « L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable », *RTD Com.*, 2012, p. 55.

¹⁵⁰⁶ C. Com. Art. L. 624-20.

¹⁵⁰⁷ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°2063 et n°2042, p. 34.

de l'obligation de contribuer aux pertes et cette mesure prévue à l'article L. 624-20 du Code de commerce. Un autre auteur arrive à la même conclusion et précise que : « *Aussi semblait-il plus juste de fonder cette solution, qui peut se raccrocher également à l'obligation de contribuer aux pertes, tout simplement au droit du liquidateur de recouvrer les créances de la société sur les associés, rendues exigibles du fait de la dissolution qu'entraîne automatiquement le jugement de liquidation judiciaire (V., sur cette discussion doctrinale, J.-P. Legros, Sociétés et droit des entreprises en difficulté, in Entreprises en difficulté, ss la dir. de P. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, n^{os} 312 s.). Encore cette explication se trouve-t-elle aujourd'hui privée d'une partie de son assise, maintenant qu'il résulte de la modification de l'article 1844-7, 7^o, du Code civil par l'ordonnance de 2014 que la dissolution est limitée et différée à la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif (V. art. 1844-7 C. civ.)* »¹⁵⁰⁸.

515. Cependant, l'obligation de libération semble plus fondée à expliquer cette exigibilité. Cette mesure semble d'une part s'expliquer par la fonction de l'apport qui est de contribuer au développement de l'entreprise. D'autre part, l'obligation de libération paraît davantage appropriée car l'exigibilité immédiate dès le jugement d'ouverture repose sur l'engagement qu'a pris l'associé de libérer son apport, lequel a juste été différé par la loi. L'article L. 624-20 du Code de commerce ne s'inscrit donc pas dans le cadre de l'obligation de contribuer aux pertes, si ce n'est pour son application en procédure de liquidation judiciaire ou « *le liquidateur judiciaire est recevable à agir, sur le fondement de l'article 1832 du Code civil, contre les associés (...) en fixation de leur contribution aux pertes sociales* »¹⁵⁰⁹. L'obligation de contribuer aux pertes doit donc, à notre sens, être rejetée pour fonder la contrainte imposée à l'associé à l'article L. 624-20 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire.

516. L'obligation de contribution aux pertes comme fondement de la reconstitution des capitaux propres. L'obligation de contribuer aux pertes semble plus adaptée à expliquer la contrainte faite aux associés de reconstituer les capitaux propres lors d'une procédure collective. L'article L. 631-9-1 du Code de commerce dispose que : « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur 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 proposé par l'administrateur, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur*

¹⁵⁰⁸ V. Commentaire Dalloz de l'article L. 624-20 du Code de commerce.

¹⁵⁰⁹ LAROCHE (M.), « Du pouvoir exclusif du liquidateur de mettre en œuvre l'obligation de contribuer aux pertes sociales », *BJS*, juill. 2018, n^o7-8, p. 433 ; Cass. Com., 3 mai 2018, no 15-20.348, PBI.

d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan ». Cette contrainte semble émaner de l'obligation pour tout associé de contribuer aux pertes¹⁵¹⁰.

L'obligation faite à l'associé de reconstituer les capitaux propres serait alors une exception de l'application de l'obligation de contribuer aux pertes pendant la vie sociale. En principe, l'obligation de contribuer aux pertes n'intervient qu'à la liquidation de la société et non en cours de vie sociale¹⁵¹¹. Au stade du redressement judiciaire, l'entreprise est encore viable bien qu'affaiblie. C'est pourtant à ce moment que l'on demande à l'associé de faire un effort financier. Pendant la vie sociale, on ne constate de pertes que comptables, ce n'est qu'à la fin de la vie de la société que les pertes comptables deviennent des pertes sociales¹⁵¹². C'est à ce moment que l'obligation de contribuer aux pertes sera effective, le montant des pertes se trouvant déterminé et partagé entre les associés¹⁵¹³. Un arrêt de la Cour de cassation a précisé que « *C'est seulement en cas de dissolution de la société que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement des pertes* »¹⁵¹⁴.

La contribution aux pertes peut toutefois intervenir en cours de la vie sociale. Monsieur Godon précise qu'il « *résulte de l'article 1844-1 du Code civil, que l'obligation pour chaque associé de contribuer aux pertes sociales est dans son principe irréductible même si, dans les faits, cette obligation conditionnelle, qui ne s'exécute principalement qu'à la dissolution de la société lorsqu'apparaît une perte comptable, peut ne pas se rencontrer en raison de la prospérité de la société* »¹⁵¹⁵. La contribution aux pertes peut intervenir en cas d'insuffisance de l'actif social pour désintéresser les créanciers, après que ceux-ci aient vainement poursuivi la société. Les associés ne régleront qu'une partie des pertes. En cas de solidarité, ils disposeront d'un recours contre les autres associés.

Dans certaines sociétés, les associés doivent régulièrement contribuer aux pertes, c'est le cas des sociétés de construction, des sociétés constituées en vue de la vente d'immeubles¹⁵¹⁶ et des

¹⁵¹⁰ C. Civ. Art. 1832.

¹⁵¹¹ C. Civ. Art. 1844-8 ; C. Civ. Art. 1844-9 ; Pour de la jurisprudence. V. Cass. Com., 13 nov. 2003, n°01-14.062, *Bull. Civ.*, IV 2003, n°169, p. 186 ; *Rev. Sociétés*, 2004, p. 365, note RANDOUX (D.) ; *RTD Com.*, 2004, p. 109, note CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Com., 3 mars 1975, n°73-13.721, *Bull. Civ.*, IV, n°68 ; *BJS*, déc. 1975, n°397, 665 ; *Rev. Sociétés*, 1975, p. 474, note RANDOUX (D.) ; *RTD Com.*, 1976, p. 111, note CHAMPAUD (C.).

La contribution aux pertes « *n'intervient en principe qu'à la liquidation du groupement, puisque c'est à cette date et après paiement des créanciers sociaux que le capital peut être réellement entamé* » : GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. 1999, Coll. Droit des affaires, Economica, n°54, p. 42.

¹⁵¹² GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1523, p. 21.

¹⁵¹³ *Ibid.*

¹⁵¹⁴ Cass. Com., 3 mars 1975, n°73-13.721, *Bull. Civ.*, IV, n°68 ; *BJS*, déc. 1975, n°397, 665 ; *Rev. Sociétés*, 1975, p. 474, note RANDOUX (D.) ; *RTD Com.*, 1976, p. 111, note CHAMPAUD (C.).

¹⁵¹⁵ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°274, p. 181.

¹⁵¹⁶ CCH. Art. L. 211-3.

sociétés d'attribution d'immeuble en jouissance à temps partagé¹⁵¹⁷. La perte de la valeur nominale participe à l'obligation de contribuer aux pertes. Tout comme ce peut être le cas lors d'une réduction du capital à zéro avec annulation de titres¹⁵¹⁸. De façon générale, toute réduction du capital peut être considérée comme un accomplissement de l'obligation de contribuer aux pertes¹⁵¹⁹. Les difficultés de la société peuvent donc au regard de ces différentes hypothèses imposer à l'associé de contribuer aux pertes.

Par son obligation de contribuer aux pertes, l'associé va ainsi participer au sauvetage de l'entreprise. Cette conception de l'engagement de contribuer aux pertes suppose un lien entre l'associé et la société, contrairement à ce que suppose une doctrine majoritaire qui considère que l'obligation de contribuer aux pertes est due aux autres associés et non à la société¹⁵²⁰.

L'obligation de contribuer aux pertes est souvent présentée comme un rapport entre les associés, notamment par la Cour de cassation¹⁵²¹. Selon un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1994 : « *la contribution aux pertes se manifeste dans les relations entre associés, contrairement à l'obligation aux dettes qui se caractérise par l'engagement des associés à l'égard des créanciers* »¹⁵²².

Contrairement à ces auteurs et à cette jurisprudence, on rejoindra une autre doctrine qui suppose que cette obligation ne concerne que les associés et la société¹⁵²³. Cette seconde conception serait plus en lien avec l'idée d'une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. L'objectif premier de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce est de permettre à l'entreprise de se redresser. On peut également avancer que la reconstitution des capitaux propres aura un intérêt pour tous les associés par le sauvetage de leur société, néanmoins cette

¹⁵¹⁷ Art. 3 L. n°86-18 du 6 janv. 1986.

¹⁵¹⁸ Cass. Com. 17 mai 1994, dit *Usinor*, *Bull. Civ.*, IV, n°183 ; *Rev. Sociétés* 1994, p. 485, note DANA-DEMARET (S.) ; *Dr. Sociétés*, 1994, n°142, note LE NABASQUE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 2, 1994, 2, p. 747, note CHARTIER (Y.) ; *Bull. Joly*, 1994, p. 816, note DAIGRE (J.-J.) ; Cass. Com., 10 oct. 2000, n°98-10.236, *JCP éd. E*, 2001, p. 85, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2001, n°20, note BONNEAU (T.) ; *Bull. Joly*, 2001, p. 181, note SCHOLER (P.).

L'opération reste valable même en cas de suppression du droit préférentiel de souscription : Cass. Com., 18 juin 2002, n°99-11.999, nov. 2002, p. 1221, n°259, note SYLVESTRE (S.) ; *D.*, 2002, p. 2190, note LIENHARD (A.) ; *JCP éd. E*, 2002, 1556, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2003, comm. n°72, obs. LEGROS (J.-P.) ; *Bull. Civ.*, IV, n°108 ; *D.*, 2002, somm., p. 3264, obs. HALLOUIN (J.-C.) ; *JCP éd. N*, 2002, II, n°10180, note HOVASSE (H.).

¹⁵¹⁹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, Paris 33^{ème} éd. 2020, nos°1374 et s., p. 531 et s.

¹⁵²⁰ L'obligation de contribuer aux pertes a une origine légale, laquelle n'écarte pas son caractère contractuel : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°65, p. 76.

¹⁵²¹ Cass. 3^{ème} Civ., 6 juill. 1994, *Bull. civ.*, III, n°140 ; *Rev. Sociétés*, 1995, p. 39, note SAINTTOURENS (B.) ; *D.*, 1995, somm., p. 277, obs. MANGNIN (F.) ; *Bull. Joly*, 1994, p. 1105, note DEREU (Y.) ; *RTD Com.*, 1994, p. 723, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Dr. Sociétés*, 1994, n°149, note BONNEAU (T.).

¹⁵²² Cass. 3^e ch Civ, 6 juill. 1994, n°92-12.839, *Bull. Civ.*, III, n°140 ; *BJS*, oct. 1994, n°307, p. 1105.

¹⁵²³ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°248, p. 89 ; BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°73, p. 81.

conception semble moins pertinente.

L'obligation de contribuer aux pertes paraît ainsi fonder cette mesure de reconstitution des capitaux propres. Elle explique le lien introduit par le droit des entreprises en difficulté entre l'associé et la société.

On peut également regretter que le dispositif d'éviction des associés n'ait pas été clairement justifié par l'obligation de contribuer aux pertes, comme le propose le professeur Lucas¹⁵²⁴. Il paraît, selon l'auteur, difficile de ne pas se baser sur cette obligation et sur le constat d'une consommation excessive des capitaux propres justifiant l'éviction ou la dilution de leur participation en application de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce¹⁵²⁵. On notera que l'éviction des associés minoritaires par l'utilisation d'un coup d'accordéon, pour assurer la survie de la société est admise par la jurisprudence sur le fondement de l'obligation des associés de contribuer aux pertes¹⁵²⁶.

Par voie de conséquence, le législateur a introduit plusieurs mesures, fondées sur les obligations de l'associé, lui imposant d'aider la société en difficulté. Les dispositions du droit des procédures collectives appuient l'idée selon laquelle les obligations de libération de l'apport et la reconstitution des capitaux propres peuvent avoir une autre finalité que l'apurement du passif. Elles supposent une participation de l'associé au développement de l'entreprise et à son sauvetage le cas échéant. Ces mesures concrétisent la thèse selon laquelle la société personne morale serait une institution, dépassant les intérêts de ses associés.

517. Conclusion Section I. Plusieurs fondements peuvent être trouvés aux contraintes pesant sur l'associé en procédure collective. Les difficultés de l'entreprise vont légitimement mobiliser tous les efforts, au premier rang desquels ceux de l'associé. L'obligation faite à l'associé de libérer son apport ou de contribuer aux pertes ne peut se justifier que par un consentement tacite de l'associé et en aucun cas par une faute de celui-ci. Ce principe s'impose comme un élément de défense de la société et de l'entreprise qu'elle sert, elle autorise le sacrifice

¹⁵²⁴ LUCAS (F.-X.), « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept 2015, n°5, p. 317.

¹⁵²⁵ Comme c'est le cas lors d'un coup d'accordéon. V. en ce sens : Cass. Com., 17 mai 1994, n°91-21.364, dit Usinor, *Bull. Civ.*, IV, n°183 ; *Dr. Sociétés*, 1994, n°142, obs. LE NABASQUE (H.) ; *BJS*, Juill. 1994, p. 816, n°219, note DAIGRE (J.-J.) ; *RJDA*, 1994, p. 740, n°934 ; *Defrénois*, août 1994, p. 1035, n°35881, note HOVASSE (H.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 485, note DANA DEMARET (S.) ; *RTD Com.*, 1996, p. 173, note REINHARD (Y.).

¹⁵²⁶ Cass. Com., 18 juin 2002, n°99-11.999, nov. 2002, p. 1221, n°259, note SYLVESTRE (S.) ; *D.*, 2002, p. 2190, note LIENHARD (A.) ; *JCP éd. E*, 2002, 1556, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2003, comm. n°72, obs. LEGROS (J.-P.) ; *Bull. Civ.*, IV, n°108 ; *D.*, 2002, somm., p. 3264, obs. HALLOUIN (J.-C.) ; *JCP éd. N*, 2002, II, n°10180, note HOVASSE (H.). V. également la thèse de SYLVESTRE-TOUVIN (S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. 2003, PUAM, préface de LE CANNU (P.), p. 175.

des intérêts personnels de l'associé. Cette nouvelle participation de l'associé invite à repenser la notion d'associé et les obligations qui la caractérisent, lesquelles doivent toutes deux défendre en priorité l'intérêt de l'entreprise lorsque celle-ci subit une procédure collective.

SECTION II.

Les devoirs juridiques de l'associé comme fondement de sa participation à une reprise interne

518. Toutes les personnes qui font l'apport d'une somme d'argent, d'un bien ou de leur industrie à la société deviennent associées de celle-ci¹⁵²⁷. À ce titre, elles bénéficient du droit intangible de participer aux décisions collectives¹⁵²⁸ par leur droit de vote¹⁵²⁹. L'associé a ainsi vocation à participer à la gouvernance de la société¹⁵³⁰. Ce droit de gouverner l'entreprise, ou *corporate governance*¹⁵³¹, fait de l'associé l'acteur central de la politique de la personne morale¹⁵³².

519. Plusieurs auteurs ont tenté d'attribuer un fondement au droit de vote de l'associé. Monsieur Ledoux suppose qu'il est la contrepartie de l'apport¹⁵³³. Selon lui, comme l'associé est à l'origine de la création de la société et qu'il prend le risque de perdre ses apports, le bénéfice du droit de vote dont il bénéficie est donc légitime¹⁵³⁴. Cette théorie appliquée aux associés d'une entreprise dans l'incapacité de faire face à son passif peut paraître étrange sachant que l'associé conserve son droit de vote malgré les difficultés de l'entreprise et la valeur bien souvent très faible, voire inexistante, de son apport. Ce risque de perte de l'apport de l'associé étant affaibli, sa légitimité à utiliser son droit de vote s'en trouve également réduite. Cette

¹⁵²⁷ En ce sens : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, T. 156, Bibl. de droit privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978.

¹⁵²⁸ C. Civ. Art. 1844 : « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Le principe du caractère essentiel du droit de vote a été énoncée par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 avril 1932 : « *Le droit de vote aux assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action* » : Cass. Civ., 7 avr. 1932, *D.*, 1933, 1, p. 153, note CORDONNIER (P.) ; *Journal des sociétés*, 1934, p. 289, note LECOMTE ; S., 1993, I, p. 177, note ROUSSEAU (H.).

¹⁵²⁹ « *L'apport est le seul élément à considérer dans l'attribution du droit de vote, et cet apport se mesure au moment ou il effectué* » : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. 2002, T. 379, L.G.D.J., n°13, p. 30.

¹⁵³⁰ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, nos°529 et s., p. 222 et s. ; V. également : MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°216, p. 97.

¹⁵³¹ Sur la notion de « corporate governance » : NUSSENBAUM (M.), « La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises », *Gaz. Pal.*, 28 août 2014, n°240.

¹⁵³² Sur le rôle fondamental de l'associé dans la « corporate governance » : DEBOISSY (F.), « L'essentiel des réformes : le renforcement de la démocratie actionnariale », *LPA*, 2 août 2007, n°154, p. 13 ; BUREAU (D.), « La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspect de droit des sociétés », *BJS*, 1 juin 2001, n°6, p. 553 ; NEUVILLE (C.), « Le gouvernement d'entreprise : Pour quoi faire ? », *LPA*, 7 mai 1997, n°55, p. 24.

¹⁵³³ Sauf exception de l'émission d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote. Sur l'attribution du droit de vote par l'apport : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, nos°30 et s., p. 43 et s.

¹⁵³⁴ COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th., T. 561, L.G.D.J., préface de SYNDET (H.), 2015, nos°114 et s., p. 121 et s.

conception n'est cependant pas celle retenue par notre droit positif qui permet à l'associé de continuer à jouir pleinement de ses prérogatives politiques malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société¹⁵³⁵.

520. Une autre thèse plus adaptée à la réalité de notre droit, et à l'émergence du principe de participation de l'associé, fonde l'attribution du droit de vote sur l'existence même d'un groupement organisé, la société. L'associé en tant qu'organe de cette institution serait donc légitime à participer à son fonctionnement¹⁵³⁶. Cette théorie suppose également que les associés soient responsables de la survie de l'entreprise, car la vie de la société dépendra grandement des décisions qu'ils prendront. Cette vision expliquerait les récentes mesures prises à l'encontre de l'associé pour qu'il contribue au sauvetage de l'entreprise. Ainsi, il en serait fini de la conception qui avait conduit le professeur Barbiéri à affirmer que les associés « *conservent la maîtrise du sauvetage de leur entreprise et le libre choix parmi les mesures qui paraissent le mieux convenir à la situation et que leur suggère l'administrateur* »¹⁵³⁷.

521. Désormais, l'associé doit participer à l'effort commun, lequel se manifeste également par les droits politiques qu'il détient. L'associé a le devoir de prendre les décisions nécessaires à la survie de l'entreprise. L'associé aurait ainsi un devoir de ne pas nuire à la société en difficulté par l'exercice de son droit de vote¹⁵³⁸. En effet, l'attribution du droit de vote à

¹⁵³⁵ Même lorsque l'associé est lui-même soumis à une procédure collective, celui-ci n'est pas dessaisi de son droit de vote : MENJUCQ (M.), « Contrat de société et droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 jan. 2019, n°1, p. 60. Seules ses prérogatives financières font l'objet d'un dessaisissement : MONSERIE-BON (M.-H.), « Vivre en procédure collective : les droits des associés », *Rev. Proc. Coll.*, 2013, Doss. 7, §20 et s.

¹⁵³⁶ Selon Viandier, le fondement du droit de vote doit « être recherché dans la participation de l'associé à un groupement ». L'attribution du droit de vote dépendrait de l'appartenance de l'associé à la société. Ce qui impliquerait que l'associé agisse dans l'intérêt social. V. En ce sens : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. 1978 Paris, T. 156, Bibl. de droit privé, p. 178, n°188. *Contra* : Monsieur Ledoux considère à l'inverse de Viandier, que le droit de vote est un droit subjectif dont l'attribution dépend uniquement de la propriété des parts ou actions, la qualité d'associé n'étant que l'attribution théorique et non pratique : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), nos°28 et s., p. 41 et s.

¹⁵³⁷ En ce sens : MENJUCQ (M.), « Contrat de société et droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 jan. 2019, n°1, p. 60 ; BARBIERI (J.-F.), « L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés », *LPA*, 23 avr. 1986, p. 21.

¹⁵³⁸ COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, hors-série 2, p. 14 ; En ce sens, la jurisprudence sanctionne notamment ce qui vote puis conteste les décisions qu'ils ont prise. Pareil, la responsabilité délictuelle est engagée pour celui qui demande en justice une nullité dont il est le seul responsable. On pourrait supposer qu'il y a un devoir de loyauté, de ne pas critiquer ou dénigrer la société. Pourtant il n'y a pas de devoir de l'actionnaire de ne pas concurrencer la société (Cass. Com., 6 mai 1991, n°89-13.780, *Rev. Sociétés*, 1991, 760, note GUYON, *RTD Com.*, 1992, 621, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Com., 11 févr. 1964, *Bull. Com.*, 1964, III, n°67), sauf pour concurrence déloyale (Cass. Com., 3 mars 2015, n°13-25.237, *Rev. Sociétés*, 2015, 585, note SAINTOURENS ; Cass. Com., 10 sept. 2013, n°12-23.888, *Bull. Joby*, 2013, 724, note BARBIERI, *Rev. Sociétés*, 625, note SAINTOURENS, *JCP éd. E*, 2013, 1580, note COURET (A.) et DONDERO (B.) ; Cass. Com., 19 mars 2013, n°12-14.407) où si celui-ci est dirigeant (MARTIN-ROSE (R.), « Regards sur l'obligation de non concurrence en droit des sociétés », *JCP éd. E*, 2012, 1713.).

l'associé lui impose le respect de certains devoirs. Ce pouvoir semble lui être attribué à une fin précise, qui est la défense des intérêts de l'entreprise. Tout pouvoir implique des responsabilités. Lors d'une procédure collective, les décisions prises par les associés doivent prendre en considération l'intérêt des parties prenantes (§I). Cette liberté donnée aux associés se réduit lorsqu'apparaissent les difficultés de l'entreprise. Les associés sont tenus à agir de bonne foi dans l'exécution du contrat de société et dans leur relation avec cette dernière. De même, que tout associé doit être animé d'un *affectio societatis*. La prise de décision contraire aux intérêts de la société s'opposerait aux devoirs de l'associé (§II).

§I - La participation de l'associé liée à son pouvoir de voter

522. Toute liberté suppose des limites. L'associé dispose d'un pouvoir conséquent sur le sort de l'entreprise, qui impose également des devoirs. C'est la qualité d'associé qui donne un droit de vote dans les assemblées. La question des limites à son utilisation dépend de la nature de « *droit propre* » ou de « *droit social* » du vote.

523. En droit des procédures collectives, ces droits politiques, confiés à l'associé, doivent s'orienter vers une finalité sociale qui est l'intérêt de l'entreprise (A). Ce devoir serait alors en lien direct avec le pouvoir dont dispose l'associé sur l'entreprise et sur les intérêts qu'elle représente (B).

A) La participation de l'associé liée à l'attribution d'un droit de vote fonction

524. La finalité du droit de vote a posé débat en doctrine, celle-ci hésitant entre les qualifications de droit propre ou droit fonction. Si cette controverse reste ouverte lorsque la société est *in bonis*, il semble que dans le cadre des procédures collectives, ce soit le sort de l'entreprise qui doit orienter le vote de l'associé. La théorie d'un droit de vote fonction devrait donc l'emporter.

525. **Le droit de vote comme élément essentiel de la qualité d'associé.** Selon la doctrine, le droit de vote est un attribut essentiel de l'associé, droit auquel il ne peut

renoncer¹⁵³⁹. Le droit de vote peut ainsi servir de critère à la qualité d'associé¹⁵⁴⁰, à travers l'article 1832 du Code civil et l'*affectio societatis*¹⁵⁴¹. Cependant, les critères de la qualité d'associé énoncés par l'article 1832 du Code civil sont clairs : un apport, la vocation aux bénéfices, la contribution aux pertes¹⁵⁴². La Cour de cassation a défini l'*affectio societatis* comme l'intention de collaborer sur un même pied d'égalité au succès d'une entreprise commune¹⁵⁴³. La notion reste floue et le débat doctrinal nourri¹⁵⁴⁴. Le contrat de société est fondé sur une participation de tous à la conduite des affaires sociales. C'est cette simple participation à la gestion qui fait d'eux des associés. La logique est la suivante : le droit de vote est un élément essentiel de l'*affectio societatis* et l'*affectio societatis* un élément essentiel du contrat de société, donc le droit de vote est un élément essentiel du contrat de société¹⁵⁴⁵.

¹⁵³⁹ LEFEBVRE (R.), LEFEBVRE (J.), *Les assemblées générales d'actionnaires dans les SA*, 1971, n°317. Guyon considère que le droit de vote est d'ordre public au regard de l'article 1844 alinéa 1 du Code civil (GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°111, p. 187). Difficile pourtant de tirer de ce texte un principe d'ordre public sauf à l'induire. Le caractère fondamental du droit de vote paraît plus justifié au regard de l'article L. 225-122 du Code de commerce qui dispose que : « sous réserve des dispositions des articles (...). Toute clause contraire est réputée non écrite ». Ce qui fonde le caractère d'ordre public du droit de vote.

Les cessions de droit de vote ou les renonciations totales au droit de vote ne sont pas autorisées par une jurisprudence constante (Cass. Com., 10 juin 1960, *Bull. Civ.*, IV, n°227 ; Cass. Civ., 7 avr. 1932, *D.*, 1933, 1, 153 ; Cass. Com., 17 juin 1974, *Rev. Sociétés*, 1977, 84). Un arrêt a d'ailleurs rejeté la validité d'une clause supprimant de façon indirecte le droit de vote (Cass. Com., 9 févr. 1999, *JCP éd. E*, 1999, p. 724, note GUYON (Y.) ; *Dr. Sociétés*, mai 1999, p. 9, note BONNEAU (T.)). En effet, dans les dernières décisions celui qui n'a pas de droit de vote ne pourrait être considéré comme un associé (COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th. T. 561, L.G.D.J., préface de SYNVEY (H.), 2015, n°67, p. 75). Néanmoins ce n'est que de façon exceptionnelle que la jurisprudence fait appel au droit de vote pour caractériser l'associé.

¹⁵⁴⁰ Monsieur Viandier considère d'ailleurs que pour être associé deux critères sont nécessaires : faire un apport et le droit de participer aux affaires sociales : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, coll. Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978.

¹⁵⁴¹ COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th. T. 561, L.G.D.J., préface de SYNVEY (H.), 2015, n°67, p. 75 ; VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th., coll. Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°187, p. 177.

¹⁵⁴² *Ibid.*, n°62, p. 70.

¹⁵⁴³ Cass. Com., 3 juin 1986, n°85-12.118, *Bull. Civ.*, IV 1986, n°116, p. 98 ; *Rev. Sociétés*, 1986, p. 585, note GUYON (Y.). V. également : Cass. Com., 23 juin 2004, n°01-10.106 et 01-14.275, *Bull. Civ.*, IV, n°134, p. 148 et n°135, p. 149, *RTD Com.*, 2004 p. 740, note CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *RTD Civ.*, 2004, p. 487, note HAUSER (J.) ; *Rev. Sociétés*, 2005, p. 131, note LUCAS (F.-X.) ; *Dr. Patrimoine*, déc. 2004, p. 96, note PORACCHIA (D.) ; *Dr. Sociétés*, 2004, n°10, comm. 163, obs. TREBULLE (F.-G.) ; *D.*, 2004, p. 2969, note VIGNEAU (D.).

¹⁵⁴⁴ Sur les différentes conceptions de l'*affectio societatis* : CUISINIER (V.), *L'assortio societatis*, th. Litec, préface MARTIN-SERF (A.), 2008 ; GUYON (Y.), MAIROT (N.), *Affortio societatis*, *Juris. Cl.*, Fasc. 20-10, 21 sept. 2016, n°12 ; SERLOOTEN (P.), « L'*assortio societatis*, une notion à révisiter », in *Aspect actuels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de GUYON (Y.), *D.*, 2003, p. 1007 ; REBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'*assortio societatis* », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 425 ; BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Le spectre de l'*assortio societatis* », *JCP éd. E*, 1994, I, 346 ; Note DIENER (P.), sous Cass. Civ., 22 juin 1976, *D.*, 1977, p. 619 ; PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, th. 1967, Sirey, préface de LOUSSOUARN (M.-Y.), p. 43 et s. ; AMIAUD (A.), « L'*assortio societatis* », in Mélanges en l'honneur de SIMONIUS (A.), éd. Helbing et Lichtenhahn, 1955, p. 1 ; COPPER ROYER ET FILS (E.), *Traité des sociétés*, 1939, t. 2, Sirey, p. 627 ; PIC (P.), « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Annales de droit commercial*, 1906, p. 153.

¹⁵⁴⁵ COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th., T. 561, L.G.D.J., préface de SYNVEY (H.), 2015, n°62, p. 71.

526. Un droit propre de l'associé ou un droit social ? La question se pose alors de la nature du droit de vote de l'associé. Dans les termes classiques du débat sur la nature du droit de vote¹⁵⁴⁶, deux théories s'opposent : la théorie fonctionnelle¹⁵⁴⁷ et la théorie des droits subjectifs, assimilés aux droits propres qui profitent uniquement à l'associé¹⁵⁴⁸. Il convient de confronter le principe de participation de l'associé au débat opposant l'idée d'un droit de vote ayant une finalité sociale¹⁵⁴⁹ et l'idée du droit de vote qui serait assimilé à un droit propre de l'associé¹⁵⁵⁰.

527. Le droit de vote : « un droit propre » de l'associé. Une première doctrine considère que le droit de vote est un droit propre de l'associé, qu'il peut utiliser dans son propre intérêt alors même que l'intérêt de la société est en jeu. Selon monsieur Gaillard¹⁵⁵¹, l'analyse subjective semble plus appropriée pour décrire le droit de vote dans notre droit positif. Il s'appuie notamment sur le lien entre le droit de vote et le capital détenu par les associés. Ce droit serait attribué à l'associé en contrepartie du risque de perte de son apport. Cette conception paraît cependant relative. Plusieurs points s'opposent à cette liaison entre droit de vote et capital, comme la possibilité d'émettre des actions de préférence sans droit de vote ou la possibilité de priver l'associé de son droit de vote s'il ne libère pas son apport¹⁵⁵².

528. Les auteurs favorables à cette conception du droit de vote avancent également qu'il est difficilement concevable que le législateur ait mis à la disposition des associés un pouvoir qui irait contre leurs propres intérêts. Toutefois l'idée d'un « *droit fonction* » ne peut être écartée dans la mesure où les associés vont également avoir un intérêt à voter dans le sens de l'intérêt social.

529. Si l'assimilation du droit de vote à un droit propre de l'associé peut être discutée lorsque la société est *in bonis*, il en est différemment lorsque celle-ci est en procédure collective.

¹⁵⁴⁶ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Paris II, Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°82, p. 88.

¹⁵⁴⁷ VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, coll. Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, note n°2, p. 461.

¹⁵⁴⁸ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°XV, p. 10 ; V. également : GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, th., Economica, préface de CORNU (G.), 1985, n°41, p. 36 ; DIDIER (P.), « Les conventions de vote », in *Mélanges en l'honneur de FOYER (J.)*, PUF, 1997, p. 342.

¹⁵⁴⁹ DAVID (R.), « Le caractère social du droit de vote », *Journal des sociétés*, 1929, p. 401.

¹⁵⁵⁰ VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, coll. bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, p. 168 ; DU GARREAU DE LA MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, th. Poitiers, 1937, n°164.

¹⁵⁵¹ GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, th. Economica, préface de CORNU (G.), 1985, n°45, p. 38.

¹⁵⁵² C. Com Art. L. 228-29.

Le vote de l'associé doit alors nécessairement être orienté vers le sauvetage de l'entreprise, c'est du moins ce que les récentes dispositions du droit des entreprises en difficulté laissent supposer.

530. Le droit de vote : « un droit fonction ». Les premiers développements sur la jurisprudence en matière d'abus du droit de vote ont fait émerger la conception d'un droit « *fonction* »¹⁵⁵³ ou « *social* »¹⁵⁵⁴. Cette conception, théorisée par Viandier¹⁵⁵⁵, assimile le droit de vote à un droit « *fonction* ». Le droit de vote de l'associé proviendrait d'un mandat dévolu par la société à ses associés pour « *prendre des décisions dans l'intérêt commun* »¹⁵⁵⁶.

531. Le fondement du droit de vote « *fonction* » proviendrait de l'idée que l'associé fait partie d'un groupement¹⁵⁵⁷, cette idée s'inspire de la théorie de l'institution¹⁵⁵⁸. Les personnes morales disposent d'une organisation interne portée par une volonté collective¹⁵⁵⁹. Selon David, le droit de vote tire son fondement de la défense d'un intérêt collectif, autre que son intérêt exclusif¹⁵⁶⁰. Monsieur Ledoux considère que le droit de vote de l'associé n'est pas lié à ses prérogatives financières¹⁵⁶¹, mais à la défense d'intérêts plus importants. Le droit de vote a une incidence plus importante pour l'associé que la simple protection de ses intérêts financiers¹⁵⁶². Certains associés n'ont d'ailleurs pas vocation aux bénéfices mais disposent toutefois du droit de vote. Le fondement du droit de vote doit être recherché dans ce groupement organisé qu'est la société. Cette solution sur l'existence du droit de vote est transposable à d'autres groupements comme les associations, le syndicat de copropriété¹⁵⁶³...

¹⁵⁵³ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°24, p. 37.

¹⁵⁵⁴ GAILLARD (E.), *La théorie l'institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon, 1932, p. 56 ; DAVID (R.), « Le caractère social du droit de vote », *Journal des sociétés*, 1929, p. 401.

¹⁵⁵⁵ VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th., coll. Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°186-187, p. 177 ; V. également sur cette théorie : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°26, p. 39 ; ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, th., T. 27, Toulouse, Biblio. De Dr Privé, préface de MARTY (G.), Sirey, 1961 ; TUNC (A.), « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes », *Rev. Gén. Dr. Com.*, 1942, p. 97 ; DAVID (R.), « Le caractère social du droit de vote », *Journal des sociétés*, 1929, p. 401.

¹⁵⁵⁶ NUSSENBAUM (M.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, n° hors-série 2, p. 31.

¹⁵⁵⁷ VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, coll. bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°186-187, p. 286.

¹⁵⁵⁸ GAILLARD (E.), *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société*, th. Lyon, 1932, p. 56 ; LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°28, p. 41 ; MAZE (S.), *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit compare (français, anglais et nord-américains)*, th. Paris, 1987, p. 19.

¹⁵⁵⁹ MICHOD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, par TROTABAS (L.), t. I, 3^{ème} éd. 1932, p. 53-54.

¹⁵⁶⁰ DAVID (R.), « Le caractère social du droit de vote », *Journal des sociétés*, 1929, p. 405.

¹⁵⁶¹ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°26, p. 39.

¹⁵⁶² *Contra* : CASTRES SAINT-MARIN-DRUMMOND (F.), *Les sociétés dites « holdings »*, th. Paris II, 1993, note n°2, p. 461,

¹⁵⁶³ V. BERR (C.), *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, th. Sirey, préface de GIVORD (F.), 1961, n°27, p. 40 et n°523, p. 308.

532. Ainsi, l'associé aurait pour devoir de favoriser l'intérêt social sous contrôle du juge, comme c'est le cas pour l'article L. 631-19-2 du Code de commerce. Si l'associé refuse de voter une augmentation de capital nécessaire à la continuation de l'entreprise, le juge pourra désigner un mandataire chargé de voter à sa place. Selon la théorie fonctionnelle le droit de vote serait un pouvoir¹⁵⁶⁴, car il serait voué à la défense de l'intérêt social. Le contrôle par le juge de l'exercice du droit de vote est le principal argument de la théorie fonctionnelle¹⁵⁶⁵. Le contrôle judiciaire du détournement de pouvoir est la manifestation la plus significative de l'existence de ce pouvoir¹⁵⁶⁶. Affirmer que l'actionnaire n'a le droit d'agir que dans son intérêt personnel serait dangereux. Monsieur Maze explique que le juge n'est pas assez compétent pour prendre des décisions à la place des actionnaires¹⁵⁶⁷.

533. On rejoindra Buchberger qui considère que : « *L'associé devrait exercer ce droit dans l'intérêt de la société, si bien que l'on pourrait considérer qu'il s'agit davantage d'un devoir que d'un droit* »¹⁵⁶⁸. L'idée d'un droit de vote fonction suppose alors un devoir de voter dans le sens de « *l'intérêt général de la société* »¹⁵⁶⁹. Nussenbaum précise pour sa part que lorsqu'un « *droit devient un devoir, c'est en vertu d'une obligation de loyauté* »¹⁵⁷⁰. Il rajoute que « *cette obligation devrait s'imposer à tous les actionnaires qui ont le pouvoir d'influencer la situation de l'entreprise et par là même celle des autres actionnaires* »¹⁵⁷¹. La situation d'urgence et le pouvoir dont dispose l'associé lui imposent un devoir, celui de privilégier l'intérêt commun sur ses propres intérêts.

534. Le droit de vote suppose des limites, dans la mesure où l'associé peut se dispenser de voter. En effet, comme l'explique Nussenbaum, « *il existe pour l'actionnaire individuel une tendance naturelle au free-riding, qui consiste à ne pas faire l'effort de participer tout en bénéficiant des résultats de la participation des autres, car voter entraîne des coûts de déplacement et d'analyse qui dépassent pour un actionnaire individuel les effets directs attendus des résultats du vote* »¹⁵⁷². L'associé doit voter dans

¹⁵⁶⁴ On peut notamment donner comme exemple l'abus de majorité, comme une manifestation du pouvoir de associés. L'abus de majorité ne serait pas une fraude, une action de mauvaise foi ou un abus, mais un détournement du pouvoir des associés comme l'explique Gaillard dans sa thèse : GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, th., Economica, préface de CORNU (G.), 1985, n°79, p. 56.

¹⁵⁶⁵ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°135, p. 128.

¹⁵⁶⁶ GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, th., Economica, préface de CORNU (G.), 1985, n°76, p. 54.

¹⁵⁶⁷ MAZE (S.), *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit compare (français, anglais et nord-américains)*, th. Paris, 1987, p. 28.

¹⁵⁶⁸ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°82, p. 88.

¹⁵⁶⁹ MAZE (S.), *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit compare (français, anglais et nord-américains)*, th. Paris, 1987, p. 19.

¹⁵⁷⁰ NUSSEBAUM (M.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors-série, p. 31.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² *Ibid.*

le sens de l'intérêt social mais rien ne le contraint à voter. Ainsi « *le droit de vote est d'abord le droit de l'exercer ou non car l'investisseur dans une société de capitaux bénéficie du droit de ne se préoccuper que de son intérêt propre et de jouir de ses biens de manière paisible sans avoir à rendre de compte. C'est ce qu'on appelle le principe d'autonomie de l'actionnaire* »¹⁵⁷³. Le devoir de voter de l'associé n'est pas encore reconnu par notre droit positif. Un arrêt va également dans le sens d'une obligation : « *L'assistance et le vote des actionnaires aux délibérations constituent un attribut essentiel de l'actionnaire et l'exécution d'une obligation contractée par lui envers la société à raison de son titre en même temps qu'un acte utile à la mise en valeur ou à la conservation du droit mobilier...* »¹⁵⁷⁴. La référence à une obligation de voter a marqué les esprits, mais cette formule n'a jamais été reprise, à juste titre selon plusieurs auteurs¹⁵⁷⁵. Pourtant son incidence sur l'économie et la responsabilité qu'il engage¹⁵⁷⁶ pourraient faire évoluer la loi vers une reconnaissance d'un devoir de l'associé de voter en faveur de l'intérêt de la société¹⁵⁷⁷. De par ses prérogatives, l'associé a une influence directe sur le sort des parties prenantes de l'entreprise. Ce pouvoir emporte de grandes responsabilités et donc un devoir de préserver les intérêts portés par l'entreprise. Ainsi, selon certains auteurs : « *Elle implique une subordination durable des droits et des intérêts privés aux fins qu'il s'agit de réaliser* »¹⁵⁷⁸. Cela explique également que les dirigeants ne soient pas uniquement de simples mandataires mais disposent aussi d'une autorité pour assurer la réalisation de l'objet social.

535. Le droit de vote qualifié de droit mixte. Rouast a alors tenté de tempérer ce clivage et a proposé de ranger le droit de vote parmi les droits mixtes¹⁵⁷⁹. Cette thèse pourrait expliquer les conditions posées pour la reconnaissance de l'abus de majorité, particulièrement le double critère posé par la Cour de cassation. Elle caractérise l'abus de majorité par la rupture d'égalité entre les actionnaires d'une part et le respect de l'intérêt social d'autre part. Le droit

¹⁵⁷³ NUSSEBAUM (M.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors-série, p. 31.

¹⁵⁷⁴ Req., 23 juin 1941, *Journal des sociétés* 1943. 209, note R. B. ; HOUIN (R.), *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 1962, T. 1, bibliothèque de droit commercial, p. 263.

¹⁵⁷⁵ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°88, p. 94.

¹⁵⁷⁶ V. Sur la responsabilité et le devoir des actionnaires : SAYER (P.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés – Le devoir de vote de l'actionnaire : droit ou obligation ? », *Gaz. Pal.*, n°hors-série 2, 6 juin 2016, p. 36, n°266.

¹⁵⁷⁷ SAYER (P.), « Le devoir de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, n°hors-série 2, 6 juin 2016, p. 36, n°266.

¹⁵⁷⁸ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1518, p. 19.

¹⁵⁷⁹ ROUAST (A.), « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.*, 1944, n°11, p. 1 ; V. également : DIDIER (P.), « Les conventions de vote », in *Le monde du droit*, Mélanges en l'honneur de FOYER (J.), 1997, PUF, p. 341, spéc. p. 346.

de vote semble alors compris entre un droit mixte et un droit fonctionnel¹⁵⁸⁰. Monsieur Gaillard s'oppose cependant à cette théorie car « *un droit ne peut être à la fois libre et finalisé* »¹⁵⁸¹. La notion de droit mixte devrait alors être écartée¹⁵⁸². En effet, celle-ci a un caractère ambivalent, pour partie fonctionnel et pour partie droit mixte. On peut s'opposer à cette théorie, dans la mesure où la liberté ou la contrainte de l'associé sur l'utilisation de son droit vote va dépendre du contexte de l'entreprise en difficulté. La théorie d'un droit de vote fonction est essentiellement, voire uniquement, remarquable lorsque l'entreprise subit des difficultés. L'idée d'un droit mixte paraît donc recevable et en cohérence avec l'idée d'une implication de l'associé exclusivement applicable en procédure collective.

536. La théorie d'un droit de vote fonction, lorsque l'entreprise est en difficulté, est à rattacher au pouvoir dont dispose l'associé. Ce dernier en tant qu'organe dispose d'un pouvoir prépondérant sur le sort de l'entreprise, lequel suppose donc des limites ou des devoirs.

B) Le pouvoir de voter de l'associé, une prérogative finalisée par le sauvetage de l'entreprise

537. L'exercice du droit de vote est un pouvoir confié à l'associé. Ce droit suppose toutefois des limites. Relativement libre lorsque la société est *in bonis*, l'exercice du droit de vote est en droit des entreprises en difficulté, asservi à l'intérêt de l'entreprise. Il s'agit alors d'une prérogative finalisée.

538. Le droit de vote : les origines d'un pouvoir légitimement attribué à l'associé. L'associé détient un véritable pouvoir dans l'entreprise par son droit de vote. Pourtant, ce pouvoir n'est pas absolu, dans la mesure où les récentes dispositions du droit des procédures collectives imposent à l'associé de prendre en considération l'intérêt de l'entreprise. Il convient alors d'analyser ce pouvoir et les limites que lui impose le droit des entreprises en difficulté.

539. De prime abord, il convient de s'intéresser à la source de ce pouvoir. Il est en effet difficile d'étudier les modalités du pouvoir de voter de l'associé sans en comprendre les

¹⁵⁸⁰ TUNC (A.), « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes », Rev. Gén. Dr. Com., 1942, p. 97 ; DAVID (R.), « Le caractère social du droit de vote », Journal des sociétés, 1929, p. 401.

¹⁵⁸¹ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°XVII, p. 13.

¹⁵⁸² *Ibid*, n°1, p. 17.

origines. Pour quelles raisons le droit de vote a-t-il été confié à l'associé ? Autrement dit, quelles raisons légitiment la détention d'un tel pouvoir ?

540. Plusieurs auteurs se sont penchés sur la question¹⁵⁸³. L'attribution du pouvoir politique à l'associé serait en lien avec le risque résultant de la perte de l'apport. En effet, dans la mesure où l'associé prend le risque d'investir dans une société, il est légitime qu'il soit le titulaire du droit de vote, lequel permet d'influer directement sur l'avenir de la société et donc sur la valeur de ses titres. Ainsi, c'est l'obligation de l'associé de contribuer aux pertes qui justifierait l'attribution de ce droit politique.

541. On rejoindra le professeur Germain qui pense que la cession du droit de vote « *trouble l'ordre naturel des choses* »¹⁵⁸⁴, car c'est l'apport qui serait à l'origine de ce pouvoir et le détachement du droit de vote autoriserait son titulaire à toutes les prises de risque¹⁵⁸⁵. En effet, le risque de perdre l'apport, qui se matérialise par l'obligation de contribuer aux pertes, suppose que l'associé agisse de façon responsable dans la mesure où il risque de perdre son apport. La cession du droit de vote entraînerait donc une rupture entre le risque de perte de l'apport et le pouvoir de décision corrélatif. Un tiers serait « *alors détenteur d'un pouvoir de voter qui n'est lesté d'aucun engagement particulier, d'aucune responsabilité, à la différence des autres votants* »¹⁵⁸⁶.

542. Ainsi, à la question de l'origine du pouvoir de l'associé, on peut répondre que c'est le risque qu'a pris l'associé de faire un apport à la société qui le rend légitime à exercer le droit de vote.

543. Les différentes théories du pouvoir. La source du pouvoir de voter de l'associé étant désormais établie, il convient de confronter cette prérogative avec les différentes théories du pouvoir. Il en existe deux. Lorsque le pouvoir peut être exercé sans aucune contrainte, il s'agit d'une « *prérogative de volonté pure* ». Dans le cas contraire, si le pouvoir est exercé dans un but précis, on parle alors de « *prérogative finalisée* ». Le droit de vote de l'associé doit être étudié au-travers de ces deux théories, en prenant en compte les récentes dispositions du droit des entreprises en difficulté touchant à ce droit.

544. Les prérogatives de volonté pure. Certains auteurs considèrent que le pouvoir ne peut s'exercer qu'avec une certaine liberté et en l'absence de contrainte, ce que madame

¹⁵⁸³ JACQUEMIN (A.), « Entreprise, pouvoir et responsabilité, pour une convergence des perspectives économiques et juridiques », in *Entreprise, pouvoir, autorité et responsabilité*, Economica, 1985, p. 411.

¹⁵⁸⁴ GERMAIN (M.), « Le transfert du droit de vote, in la stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », RJ. Com., 1990, n° Spéc. nov., p. 135.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*

Schiller appelle une « *prérogative de volonté pure* »¹⁵⁸⁷. Cette notion de prérogative de volonté pure suppose que l'utilisation du droit ne puisse être abusive.

545. Concernant les droits des associés, il est difficile d'en trouver un qui réponde aux critères d'une prérogative de volonté pure. Toutes les prérogatives de l'associé semblent pouvoir faire l'objet d'abus : le droit de vote, le droit d'information, le droit de participer aux bénéfices ou encore le droit de révocation des dirigeants ; ils peuvent tous être exercés abusivement¹⁵⁸⁸.

546. Lorsque la société est *in bonis*, l'exercice du droit de vote peut effectivement faire l'objet d'abus. Ainsi, les minoritaires qui s'opposeraient à une restructuration du capital, pourtant essentielle au sauvetage de l'entreprise, commettraient un abus de minorité. Cela peut être vu comme un abus du pouvoir d'opposition des minoritaires¹⁵⁸⁹, un dévoiement du pouvoir de voter. Il faut pour qu'il y ait un abus de minorité, que l'opération sociétaire soit « *essentielle* » et non simplement souhaitable. La Cour de cassation dans l'arrêt « *Madame Six* »¹⁵⁹⁰ vient préciser qu'il ne peut y avoir d'abus que si l'opération est essentielle pour la société¹⁵⁹¹. Par exemple, il faut que l'opération d'augmentation de capital soit une condition essentielle au sauvetage de la société pour que le refus des minoritaires de voter la restructuration soit considéré comme abusif¹⁵⁹².

547. Jusqu'ici seul l'abus du droit de vote contingentait les dérives de l'associé. Désormais, le libéralisme qui anime les dispositions du droit des sociétés, admettant notamment des capitaux sociaux dérisoires pour la constitution de sociétés, s'arrête aux portes du droit des procédures collectives. Dans ce contexte, l'associé sera impliqué dans le sauvetage de l'entreprise, ce qui suppose la limitation du libre exercice de son droit de vote.

¹⁵⁸⁷ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°411, p. 196.

¹⁵⁸⁸ Pour la révocation : Il faut un juste motif pour le révoquer : sinon la responsabilité de la société peut être engagée : CA Paris, 13 oct. 2000, *RJDA*, 2001, n°31 ; Engagement de la responsabilité des associés : Cass. Com., 13 mars 2001, *JCP éd. E*, 2001, p. 953, note VIANDIER (A.). L'intérêt social pourra être évoqué comme juste motif de la révocation du dirigeant. C'est en effet aux associés d'apprécier l'intérêt social. Si cela est prouvé et le dirigeant pourra être révoqué sans versement indemnitaire. À noter que c'est au gérant d'apporter la preuve de l'absence de juste motif : CA Versailles, 20 févr. 1992, *Bull. Joly*, 1992, 658, note LE CANNU (P.) ; V. BAILLOD (R.), « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD Com.*, 1983, p. 395.

¹⁵⁸⁹ RUELLAN (C.), *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II, Dact., 1997, p. 387, n°577.

¹⁵⁹⁰ Cass. Com., 15 juill. 1992, n°90-17.216, *Dr. Sociétés*, 1992, n°207 note LE NABASQUE (H.) ; *Rev. Sociétés*, 1993, 400, note MERLE (P.) ; *JCP*, 1992, II, 21944, note BARBIERI (J.-F.) ; *JCP*, 1992, éd. E, 49375, note GUYON (Y.) ; *Bull. Joly*, 1992, §353, p. 1083, LE CANNU (P.).

¹⁵⁹¹ Dans le même sens : Trib. Com. Paris, 31 oct. 2000, *JCP*, 2001, éd. E, P., p. 298 ; Trib. Com. Paris, 24 sept 1991, *Dr. Sociétés*, 1992, n°32.

¹⁵⁹² Cass. Com., 5 mai 1998, n°96-15.383, *Bull. Joly*, 1998, §245, p. 75, note GODON (L.), *Dr. Sociétés*, 1998, n°129 ; *JCP éd. E*, 1998, p. 1019, quot. jur. 30 juin 1998, p. 4, note P.M ; *BRDA*, 10-1998, p. 3 ; Cass. Com., 9 mars 1993, *Flandin, D.*, 1993, p. 263, note GUYON (Y.) ; *JCP éd. E*, 1993, II, 448, note VIANDIER (A.).

548. Lorsque la société est en procédure collective, l'exercice du droit de vote peut désormais se trouver contingenté afin d'assurer la survie de l'entreprise. L'associé peut ainsi se trouver privé de l'exercice de son droit de vote s'il s'oppose à une restructuration essentielle au sauvetage de l'entreprise.

549. Par voie de conséquence, le respect d'une finalité d'intérêt général écarte l'hypothèse d'un pouvoir entendu comme une prérogative de volonté pure.

550. **Les prérogatives finalisées.** Une conception alternative à la prérogative de volonté pure, celle de la « *prérogative finalisée* », semble correspondre au principe impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise. Cette thèse est celle de monsieur Gaillard qui considère que tout pouvoir sert une finalité qui dépasse les intérêts de son titulaire¹⁵⁹³. Les intérêts peuvent être partiellement communs, mais en cas de conflit d'intérêts c'est la finalité qui devra arbitrer. Ainsi, l'exercice du pouvoir serait toujours aligné sur une finalité. Cette idée s'opposerait à la notion des droits subjectifs qui sont définis comme des prérogatives donnant à leur titulaire un droit d'action dans leur seul intérêt¹⁵⁹⁴.

551. Le droit des entreprises en difficulté oriente le vote de l'associé. Celui-ci est désormais contraint de prendre en considération l'intérêt de l'entreprise et ne peut alors mettre en péril cette institution. En raison du pouvoir qu'il détient dans l'entreprise, l'associé a le devoir d'agir de façon responsable¹⁵⁹⁵.

552. Le législateur donne à l'associé un droit d'intervention dans la gestion des affaires sociales¹⁵⁹⁶. Ce pouvoir suppose une vision éclairée de la situation de l'entreprise¹⁵⁹⁷. L'associé dispose ainsi de plusieurs droits de regard sur la marche de l'entreprise. Monsieur Ledoux considère que ce contrôle doit être entendu dans le sens d'une « *domination* » ou d'une « *maîtrise* » de l'associé sur la société¹⁵⁹⁸. Pour garantir sa fonction ou exercer au mieux son droit de vote, l'associé dispose du droit de demander une expertise de gestion¹⁵⁹⁹, d'un droit

¹⁵⁹³ GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, th., Economica, préface de CORNU (G.), 1985.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, n°20, p. 21.

¹⁵⁹⁵ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales* th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°405, p. 193.

¹⁵⁹⁶ COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th., T. 561, L.G.D.J., préface de SYNDET (H.), 2015, n°379, p. 392.

¹⁵⁹⁷ VIANDIER, *La notion d'associé*, th. Paris, T. 156, coll. Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°204.

¹⁵⁹⁸ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°252 ; Même si monsieur Viandier considère que c'est un simple contrôle des comptes distincts de la marche sociale : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, coll. Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°204.

¹⁵⁹⁹ Dans les SA : C. Com. Art. L. 225-231 ; Dans les SARL : C. Com. Art. L. 223-37.

d'alerte¹⁶⁰⁰ ou de la possibilité de demander la nomination d'un administrateur provisoire¹⁶⁰¹. Ces divers moyens d'informations démontrent un certain contrôle. Ces droits supposent également que le législateur souhaite une prise en considération de la situation de l'entreprise, sinon pourquoi donner à l'associé le droit d'être informé sur la situation de celle-ci.

553. Pour conclure, le droit de vote de l'associé se conçoit comme un pouvoir, lequel lui a été confié car il a pris le risque de contribuer aux pertes. Lorsque l'entreprise est en procédure collective, le sort des parties prenantes, les incidences sur l'économie et la morale des affaires prennent du relief, il est alors juste de responsabiliser l'associé dans l'exercice de son droit de vote. L'émergence du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté vient ainsi encadrer l'exercice de ce pouvoir de voter. Dans ce contexte de risque de péril de l'entreprise, le droit de vote doit être considéré comme une prérogative finalisée. L'article L. 631-19-2 du Code de commerce consacre cette solution, qui repose directement sur les devoirs inhérents à la qualité d'associé, qui sont la bonne foi et l'affectio societatis.

§II - La participation de l'associé liée à ses devoirs juridiques

554. Les devoirs naissent généralement de la loi. Dans le cadre de la société, entendu comme un contrat, tous les associés doivent vouloir mettre en commun des biens ou leur industrie en vue de réaliser et partager des bénéfices¹⁶⁰². C'est cette volonté qui constitue l'affectio societatis, laquelle serait simplement l'obligation de bonne foi¹⁶⁰³ incombant à tout contractant appliqué au cas particulier du contrat de société. Selon certains auteurs : « *Il est difficile de savoir s'il faut fonder la responsabilité des associés en cours de vie sociale sur l'affectio societatis ou s'il faut lui trouver le fondement plus général de la bonne foi dans l'exécution du contrat de société* »¹⁶⁰⁴. Les deux notions doivent alors être envisagées. Si le devoir de bonne foi pourrait servir de fondement à l'implication de l'associé (**A**), il paraît plus juste de se baser sur l'affectio societatis qui est un devoir propre à la qualité d'associé (**B**).

¹⁶⁰⁰ Dans les SA : C. Com. Art. L. 225-232 ; Dans les SARL : C. Com. Art. L. 223-36.

¹⁶⁰¹ GUYON (Y.), « Les missions des administrateurs provisoires de société », in Mélanges en l'honneur de BASTIAN (D.), 1974, t. 1, p. 103.

¹⁶⁰² C. Civ. Art. 1832.

¹⁶⁰³ C. Civ. Art. 1104.

¹⁶⁰⁴ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1534, p. 32.

A) Le respect par l'associé du devoir de bonne foi

555. La bonne foi, qui a récemment fait son apparition en droit des entreprises en difficulté¹⁶⁰⁵, pourrait servir de fondement à la participation de l'associé eu égard à sa finalité morale et aux intérêts qu'elle protège (a), mais également eu égard à sa nature de devoir qui coïncide avec l'exercice du droit de vote qui contraint de l'associé en procédure collective (b).

1 - La bonne foi comme fondement de la participation de l'associé

556. Chaque associé a le devoir d'agir de bonne foi¹⁶⁰⁶ dans l'exécution du contrat de société. On peut alors considérer la bonne foi comme un fondement à la participation contrainte de l'associé.

557. La bonne foi de l'associé envers ses associés et la société. Il est permis de voir dans le secours de l'associé une expression de l'article 1104 du Code civil, sur la bonne foi des parties au contrat. Cet article dispose que : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Chaque partie au contrat doit faire son possible pour assurer son exécution. On peut parfaitement appliquer ce principe aux associés parties au contrat de société¹⁶⁰⁷, lesquels auraient par ce texte un devoir de tout mettre en œuvre pour préserver la société en difficulté. Cette idée se vérifie d'abord entre la bonne foi qui anime les associés entre eux et ensuite par le devoir qui incombe à l'associé d'agir de bonne foi envers la société.

558. La bonne foi entre associés. Tout associé est soumis à un devoir de bonne foi à l'égard de ses-coassociés¹⁶⁰⁸. Si l'on se réfère à l'article 1833 du Code civil, la société est

¹⁶⁰⁵ Si la bonne foi est une notion bien connue du droit civil, elle apparaît de façon discrète dans le droit des entreprises en difficulté. Le professeur Vallens (VALLENS (J.-L.), « La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 janv. 2015, n°1, p. 9) considère que la bonne foi fait son apparition de manière implicite en droit des entreprises en difficulté, à la lecture de plusieurs articles du Livre VI du Code de commerce (C. Com. Art. L. 651-2 : L. 653-3 ; L. 653-4 ; L. 653-5 ; L. 653-8), qui prennent en compte le comportement du dirigeant pour évaluer sa responsabilité lorsqu'il a commis une faute de gestion (C. Com. Art. L. 651-2) et pour les sanctions de banqueroute qui prennent en compte l'élément intentionnel. Le terme de bonne foi apparaît même expressément dans l'article L. 645-9 du Code de commerce sur le rétablissement professionnel. L'article dispose que : « *À tout moment de la procédure de rétablissement professionnel ; le tribunal peut, sur rapport du juge commis, ouvrir la procédure de liquidation judiciaire demandée simultanément à celle-ci, s'il est établi que le débiteur qui en a sollicité le bénéfice n'est pas de bonne foi* ». Le rétablissement professionnel est une procédure fondée sur la bonne foi des débiteurs, qui leur permet d'obtenir une seconde chance. Malgré cette reconnaissance de la bonne foi, aucune définition n'a été proposée par le législateur (VALLENS (J.-L.), « La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 janv. 2015, n°1, p. 9).

¹⁶⁰⁶ C. Civ. Art. 1104.

¹⁶⁰⁷ GALLOIS-COCHET (D.), « La bonne foi en droit des sociétés », *RDA Univ. Paris* févr. 2016, p. 93.

¹⁶⁰⁸ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, nos° 136 et s.

constituée « *dans l'intérêt commun des associés* ». Les associés doivent donc avoir un comportement loyal¹⁶⁰⁹, qui ressort du devoir de bonne foi. Selon le professeur Guyon : « *ce devoir, parfois qualifié de fiduciaire, est très développé dans le droit anglo-américain* »¹⁶¹⁰.

559. La bonne foi, qui impose au contractant d'agir de manière loyale, pourrait donc servir de fondement à la contrainte faite à l'associé d'aider l'entreprise. La mise en danger de la société par l'exercice du droit de vote de l'associé serait contraire à l'exigence de bonne foi qui incombe à tout associé. Dans la mesure du possible, l'associé doit tout mettre en œuvre pour assurer le développement de l'activité sociale, l'objectif premier du contrat de société. Les associés sont ainsi animés par une volonté commune qui les oblige à ne pas perturber la bonne exécution du contrat¹⁶¹¹. Un refus de l'associé de venir en aide à la société pourrait également être contraire au « *devoir de cohérence* »¹⁶¹², dans la mesure où cela irait contre les engagements qu'il a pris, à savoir la volonté « *d'affecter des biens ou de l'industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »¹⁶¹³. Fonder le devoir le secours sur la bonne foi entre les associés paraît donc cohérent.

560. La bonne foi de l'associé envers la société. On peut également admettre que l'associé a un devoir de bonne foi envers la société¹⁶¹⁴ par le contrat qui l'unit à elle¹⁶¹⁵. L'associé doit alors prendre en compte les intérêts de son cocontractant personne morale. Mieux encore, il doit privilégier les intérêts de la société envers laquelle il a pris des engagements, même si cela dessert ses intérêts personnels.

Il convient toutefois de relever que l'associé dirigeant a un devoir de bonne foi vis-à-vis de la société plus fort que celui imposé à l'associé non dirigeant. L'associé n'a ainsi aucun devoir d'exclusivité et peut notamment travailler pour une société concurrente¹⁶¹⁶, au contraire du

¹⁶⁰⁹ Sur le devoir de loyauté : COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14 ; GALLOIS-COCHET (D.), « La bonne foi en droit des sociétés », *RD.A*, Univ. Paris févr. 2016, p. 93 ; GUYON (Y.), « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 439.

¹⁶¹⁰ GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, p. 72.

¹⁶¹¹ PICOD (Y.), *J. Cl. Art. 1134 et 1135*, Fasc. 11, contrats et obligations. Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions, 2013, n°50.

¹⁶¹² FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1997, n°592.

¹⁶¹³ C. Civ. Art. 1832.

¹⁶¹⁴ En ce sens : GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, nos° 136 et s. À noter que ce devoir est « *délictuel ou légal et non contractuel* » : COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14 ; BRUNSWICK (P.), « Rôle de la jurisprudence dans l'émergence du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », in « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », *Cah. Dr. Entr.*, janv. 2016, n°1, p. 28.

¹⁶¹⁵ Sur l'existence d'un contrat entre l'associé et la société : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011.

¹⁶¹⁶ On note toutefois quelques exceptions, comme dans certaines sociétés où l'associé a un devoir de non-concurrence (En ce sens : GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2,

dirigeant. Cette exclusivité est cependant parfois prévue par un texte législatif ou réglementaire. C'est le cas pour l'associé qui a fait un apport en industrie¹⁶¹⁷. De même l'associé d'une société civile professionnelle peut être membre d'une société de cette forme. On peut encore citer l'obligation non concurrente qui pèse sur l'associé apporteur d'un fonds de commerce ou l'associé salarié¹⁶¹⁸. L'associé d'une société civile professionnelle ne peut être membre que d'une seule société de cette forme¹⁶¹⁹.

La même solution est transposable en droit des entreprises en difficulté. Si le simple associé peut être exclu comme l'associé dirigeant, les conditions sont plus rigoureuses. Alors que l'article L. 631-19-1 du Code de commerce permet d'exclure un associé dirigeant sous la seule condition de l'intérêt de l'entreprise, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce institue de nombreuses conditions pour appliquer le dispositif de cession forcée des titres¹⁶²⁰.

Le devoir de bonne foi s'apprécie donc différemment selon que l'on est associé dirigeant ou associé non dirigeant. Tout associé reste toutefois contraint de participer au sauvetage de l'entreprise. Le vote hostile de l'associé pour la poursuite de l'activité pourrait alors être assimilé à une violation du devoir de bonne foi envers la société.

561. Le devoir de secours de l'associé serait alors une branche du devoir de bonne foi.

2 - Le devoir, une nature juridique commune à la bonne foi et à la participation de l'associé de voter en faveur d'une reprise interne

562. L'idée selon laquelle le devoir de secours découlerait du devoir de bonne foi peut être confirmée, par la nature commune de ces deux contraintes et par l'analogie qui peut être faite avec d'autres devoirs découlant eux aussi du devoir de bonne foi.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1534, p. 32), ou lors de l'utilisation abusive du droit de vote avec le respect de l'intérêt social (GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1534, p. 32). Néanmoins, il n'est pas pour l'instant permis d'y voir un principe général du droit de sociétés, comme en témoigne la jurisprudence (Cass. Com., 16 nov. 2004, n°00-22.713, RTD Com., 2005, p.111, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; D., 2004, p. 3144 ; Cass. Com., 22 févr. 2005, n°02-14.392, RTD Com., 2005, p. 344, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; D., 2005, p. 973, note KESSLER (G.).

¹⁶¹⁷ C. Civ. Art. 1843-3.

¹⁶¹⁸ Cass. Com, 31 mars 2010, n°08-45.167, *Rev. Sociétés*, 2011, 26, note GODON (L.).

¹⁶¹⁹ L. 29 nov. 1966, art. 4 ; Décr. 20 juill. 1992 sur les avocats ; Décr. 14 juin 1977 sur les médecins.

¹⁶²⁰ C. Com. Art. L. 631-19-2, 2°.

563. Le rejet de la source comme critère de distinction. La problématique est de savoir si la bonne foi peut donner naissance à des devoirs contractuels ou à une obligation insérée dans le contrat ¹⁶²¹. Autrement dit, si l'on retient cette théorie de la loi source de devoir universel, alors le devoir trouverait toujours sa source dans la seule autorité de la loi, alors que l'obligation serait engendrée uniquement par les clauses du contrat. Le devoir pourrait donc concerner des personnes déterminées à l'occasion d'un contrat, sans pour autant être qualifié d'obligation¹⁶²².

564. Un abus de la notion d'obligation. Une partie de la doctrine considère que le contrat, ou la sphère contractuelle, est une source propre d'obligations, et en aucun cas de devoir. Selon plusieurs auteurs, c'est « *un abus de la notion d'obligation* »¹⁶²³, « *une dérive du langage* »¹⁶²⁴, voire « *un mauvais jeu de mots* »¹⁶²⁵. Pour exemple, plusieurs auteurs refusent de voir dans la loyauté ou la bonne foi, une obligation, et considère que la bonne foi est un devoir¹⁶²⁶. Selon le professeur Stoffel-Munk, le concept de bonne foi ne répond pas aux critères traditionnels de l'obligation¹⁶²⁷. L'exigence permanente de la bonne foi en toute circonstance démontre que la notion de devoir est plus adaptée que celle d'obligation. Par exemple, la bonne

¹⁶²¹ Parfois devoir et obligation sont étroitement mêlés. La question se pose sur certains « devoirs » qui s'appliquent à des cocontractants. « *Notamment pour la sécurité du voyageur. On connaît l'identité du bénéficiaire et de l'assujéti. On aurait donc tendance à parler d'obligation de sécurité. Mais, à la réflexion, n'est ce pas plutôt un devoir, la sécurité relevant du principe général qui interdit de blesser autrui ? le même raisonnement peut être appliqué à la loyauté et la bonne foi. S'agit-il de devoirs absolus et généraux auxquels toute personne est soumise, qu'elle soit ou non dans les liens du contrat ? Ou alors, est-ce une obligation informée, configurée, par les stipulations de la convention dans laquelle elle s'insère ?* » : CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.) (Dir.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104. V. sur cette question : SUPIOT (A.), « Faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. Sociétés*, Janv. 2003.

¹⁶²² FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°48, p. 41. V. en ce sens : HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, th. Paris II, éd. Panthéon Assas, préface de LEQUETTE (Y.), 2016, nos°137 et s. ; VINEY (G.), JOURDAN (P.), CARVAL (S.), *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, (ss dir. De) GHESTIN (J.), coll. *Traité de droit civil*, L.G.D.J., 4^{ème} éd. 2013, n°501-1.

¹⁶²³ STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J., préface de BOUT (R.), 2000, n°145, p. 132.

¹⁶²⁴ VILLEY (M.), *Métamorphoses de l'obligation*, arch. De philo. Du Droit, t. 15, « Philosophie du droit anglaise et américaine et divers essais », Sirey, 1970, p. 287.

¹⁶²⁵ Selon l'expression de Denis Tallon visant en général l'inclusion des devoirs généraux sous l'égide de l'obligation contractuelle : TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle », *Écrits en hommage à CORNU (G.)*, 1994, PUF, p. 432 ; GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, Dalloz, 1937 (réimp. 1965), p. 391.

¹⁶²⁶ Les auteurs en faveur d'un devoir : TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations, D.*, coll. *Précis*, 11^{ème} éd. 2013, nos°439 et s., p. 486 et s. ; STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J., préface de Bout (R.), 2000, nos°145 et s., p. 132 et s. ; Les auteurs en faveur d'une obligation contractuelle : GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, th. Paris II, L.G.D.J., préface de LEVENEUR (L.), 2007, n°281, p. 207 ; JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats étude comparative de droit français, allemand et japonais*, th., coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, 2001, nos°1705 et s., p. 498 et s.

¹⁶²⁷ STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J., préface de BOUT (R.), 2000, nos°148 et s., p. 134.

foi ne peut être soumise au régime général des obligations¹⁶²⁸. Ce serait une norme générale, un devoir propre à chacun, qui supposerait en cas de violation une responsabilité délictuelle et non contractuelle¹⁶²⁹. La bonne foi doit donc être exclue du champ contractuel et sa source doit être recherchée uniquement dans la loi.

Monsieur Jabbour s'appuiera également sur ces arguments pour démontrer que la bonne foi est un devoir¹⁶³⁰. Comme le professeur Stoffel-Munk, il considère que : « *Contrairement à l'obligation, l'accomplissement d'un devoir ne peut en effet être forcé, pas plus qu'il n'est possible d'en dénoncer l'inexécution* »¹⁶³¹. Il apparaît ainsi dans la bonne foi une « *norme de civilité que vient faire respecter l'article 1382 c. civ* »¹⁶³². C'est une norme qui s'imposerait aussi bien en matière contractuelle qu'à l'extérieur de celle-ci.

Le professeur Tisseyre dans sa thèse sur la bonne foi, considère que « *cette notion est parfois qualifiée d'obligation, qualification qui [...] est impropre* »¹⁶³³. L'auteur se conforme à cette définition du devoir qui désignerait « *toutes les règles générales qui définissent les comportements auxquels il convient de se conformer et qui s'imposent à tous* »¹⁶³⁴. En effet, la bonne foi est avant tout une norme générale de comportement. Il faut se conformer à un standard, à une norme de conduite¹⁶³⁵. La bonne foi est un principe directeur, général, ce qui contredit l'hypothèse d'une obligation, laquelle renvoie à une prestation économique plus précise. La notion de devoir qui est plus morale s'accorde donc mieux avec le principe de bonne foi. De plus, la bonne foi est une norme imposée, non souhaitée ou prévue par les parties. Le devoir, pour sa part, a « *un caractère impératif, mais non consenti* »¹⁶³⁶. La bonne foi est donc un devoir, un principe directeur imposée à tout contractant.

On rejoindra ces auteurs, dans la mesure où la bonne foi est un devoir propre à tout homme.

¹⁶²⁸ Il n'y a pas de lien entre un débiteur et un créancier. On ne peut se réclamer créancier d'une obligation de bonne foi : En ce sens : JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th., T. 573, L.G.D.J., préface de AYNES (L.), 2016, n°124, p. 112.

¹⁶²⁹ Dans le même sens : CADIET (L.), LETOURNEAU (P.), *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008, V°. *Abus de droit*, n°77 et s.

¹⁶³⁰ JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th., T. 573, L.G.D.J., préface de AYNES (L.), 2016, n°118, p. 104.

¹⁶³¹ *Ibid.*, n°122, p. 110.

¹⁶³² STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J., préface de BOULT (R.), 2000, n°148, p. 134.

¹⁶³³ TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, th., Coll. Instit. Dr. Aff., PUAM, préface de FABRE-MAGNAN (M.), 2002, n°8, p. 31.

¹⁶³⁴ AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 12^{ème} éd. 2008, n°188, p. 192.

¹⁶³⁵ TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, th., Coll. Instit. Dr. Aff., PUAM, préface de FABRE-MAGNAN (M.), 2002, n°67, p. 77.

¹⁶³⁶ TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, th. 2002, Coll. Instit. Dr. Aff., PUAM, préface de FABRE-MAGNAN (M.), n°77, p. 86.

À la différence de l'obligation qui peut être éteinte, le devoir de bonne foi perdure et s'impose à chaque nouveau contrat. Il incombe à chacun d'agir de la meilleure façon dans chaque relation qu'il entreprend et cela peu importe l'acte juridique. On peut considérer que la bonne foi renvoie au devoir général de ne pas nuire à autrui, que ce soit par une action positive ou par une abstention. Les contractants se doivent d'assurer la bonne exécution du contrat.

La qualification d'obligation de bonne foi doit donc être rejetée¹⁶³⁷.

565. L'émergence de devoirs contractuels. La bonne foi est ainsi la source de différentes « obligations », comme l'obligation d'information, même si le terme de devoir serait plus approprié¹⁶³⁸. C'est une notion « ouverte »¹⁶³⁹, qui a permis la protection des contractants à travers divers devoirs tel que les obligations de sécurité ou d'information, imposées aux contractants, en dehors de toute volonté. « Ces « nouveaux » devoirs sont placés sous l'égide de la bonne foi qui permet l'exécution de certaines clauses sensibles, comme par exemple les clauses résolutoires ou de mobilité. La volonté des parties est complétée par la bonne foi. La bonne foi serait un devoir général et non pas une obligation, une responsabilité délictuelle, un devoir moral, car l'objet du contrat « ne consiste pas à créer des règles de comportement »¹⁶⁴⁰. Cette notion imposerait un comportement aux cocontractants. « Elle permet de renforcer le contenu du contrat sans qu'aucune obligation ne soit rajoutée frontalement au contrat »¹⁶⁴¹. En effet, la bonne foi n'ajoute pas de nouvelles prestations, mais simplement une norme de bonne conduite, pour garantir la bonne exécution du contrat. Les actionnaires ont un devoir de ne pas nuire¹⁶⁴², et doivent respecter autrui¹⁶⁴³. « Elle n'apparaissent pas comme une menace pour la liberté du débiteur dans la mesure où ce dernier a librement consenti à l'obligation »¹⁶⁴⁴. L'associé qui viendrait à ne pas respecter ce devoir pourra engager sa responsabilité¹⁶⁴⁵. Il faut cependant démontrer

¹⁶³⁷ Le professeur Guyon qui explique que : « Parce qu'elle ne constitue pas à proprement parler une obligation dotée d'un objet parfaitement déterminé et susceptible d'exécution forcée dans tous les cas, l'exigence de bonne foi s'apparente plus à un devoir, à un précepte général fondant un impératif de loyauté des parties tout au long de l'exécution du contrat » (GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°136, p. 90).

¹⁶³⁸ En ce sens, sur un devoir d'information : VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, coll. Traité de droit civil, L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1995, n°168, p. 284.

¹⁶³⁹ OBELIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009, n°172.

¹⁶⁴⁰ VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, coll. Traité de droit civil, L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1995, n°168, p. 284.

¹⁶⁴¹ OBELIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009, n°172.

¹⁶⁴² Cass. Com., 13 mars 2001, n°98-16.197, *D.*, 2001, p. 1175, obs. LIENHARD (A.) ; *JCP éd. G*, 2001, 51, note CAUSSIN (J.-J.) et VIANDIER (A.) ; *Rev. Sociétés*, 2001, p. 818, DONDERO (B.) ; *Dr et patr.*, 2001, n°97, p. 104, note PORACCHIA (D.) ; *BJS*, août 2001, p. 891, note PRIETO (C.) ; *Dr. Sociétés*, 2001, comm. n°101, note LUCAS (F.-X.).

¹⁶⁴³ MESTRE (J.), « Éthique et droit des sociétés », in Mélanges en l'honneur de HONORAT (A.), Frison-Roche, 2000, p. 295.

¹⁶⁴⁴ OBELIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009, n°172.

¹⁶⁴⁵ V. Exemple : Cass. Com., 13 mars 2001, *D.*, 2001, AJ p1175, obs. LIENHARD (A.).

une réelle intention de nuire. Par exemple, la Cour de cassation a considéré que seules les fautes graves et intentionnelles devaient être sanctionnées¹⁶⁴⁶.

566. La bonne foi à l'origine de plusieurs devoirs. Certains considèrent que l'*affectio societatis* en est une issue. Il est alors intéressant de confronter cette *affectio societatis*, qui constitue selon certains la troisième contrainte pesant sur l'associé après la libération de l'apport et la contribution aux pertes, au devoir de secours de l'associé en droit des entreprises en difficulté.

B) Le respect par l'associé du devoir d'*affectio societatis*

567. L'*affectio societatis* fait partie des conditions essentielles à la constitution du contrat de société. Le droit des entreprises en difficulté prévoit plusieurs dispositions qui vont contraindre l'associé à voter dans le sens du sauvetage de la société, elles peuvent être une manifestation du devoir d'*affectio societatis*.

568. **L'existence de l'*affectio societatis*.** Godon considère que l'*affectio societatis* constitue avec l'obligation de libérer l'apport et l'obligation de contribuer aux pertes, la troisième contrainte imposée à tout associé¹⁶⁴⁷. La contribution de l'associé par l'apport participe à l'*affectio societatis*, les associés ont une volonté intéressée de collaborer. C'est parce que les associés ont mis en commun leurs apports qu'il existe un *affectio societatis*. Le but économique, soit la recherche d'un bénéfice, est avant tout la recherche d'un avantage patrimonial.

Cette notion n'est cependant pas mentionnée par l'article 1832 du Code civil qui définit la société, mais elle peut être dégagée de la mention à cet article d'une « *entreprise commune* »¹⁶⁴⁸. En effet, l'*affectio societatis* constitue un critère déterminant pour qualifier le contrat de société. Le professeur Didier mentionne que : « *L'affectio societatis, en droit romain, est donc synonyme de contrat de société* »¹⁶⁴⁹. Une majorité de la doctrine « *voit dans l'affectio societatis un élément psychologique du*

¹⁶⁴⁶ Cass. Com., 22 nov. 2005, n°03-19.860.

¹⁶⁴⁷ V. en ce sens : GODON (L.), *Les obligations des associés*, th., Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, nos°136 et s.

¹⁶⁴⁸ MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, nos°104 et s., p. 52 et s. ; SERLOOTEN (P.), « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Mélanges en l'honneur de GUYON (Y.)*, 2003, *D.*, p. 1005.

¹⁶⁴⁹ DIDIER (P.), *Droit commercial*, T. 2, *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 29.

contrat de société »¹⁶⁵⁰. L'affectio societatis est également qualifié de *jus fraternitas*¹⁶⁵¹, c'est un droit tourné vers les parties au contrat de société.

Selon un auteur, cette notion doit également être appréciée à « *l'aube de la création sociale* »¹⁶⁵². Cela suppose que l'affectio societatis doit être présent lors de la conclusion du contrat, mais cette collaboration doit perdurer pendant la vie sociale. C'est ce que considèrent la jurisprudence¹⁶⁵³ et une grande partie de la doctrine¹⁶⁵⁴. Monsieur Peglow pense que : « *L'affectio societatis est donc plus que le consentement à un contrat instantané* »¹⁶⁵⁵ »¹⁶⁵⁶. Ainsi, cette fraternité entre les associés peut être vue comme une source de devoir entre eux¹⁶⁵⁷.

569. Les atténuations aux principes d'affectio societatis. Néanmoins, il est encore difficile de faire de l'affectio societatis un principe général¹⁶⁵⁸. Cette notion d'affectio societatis ne reflète pas la réalité du fonctionnement de toutes les sociétés¹⁶⁵⁹. Certains considèrent que ce n'est qu'un « *mythe* »¹⁶⁶⁰. Par exemple¹⁶⁶¹, le professeur Didier considère que

¹⁶⁵⁰ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th., T. 402, L.G.D.J., 2003, n°439, p. 242.

¹⁶⁵¹ GUYON (Y.), « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 439 et s. ; V. également à ce sujet : RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1948, n°623.

¹⁶⁵² BERMOND DE VAULT, « Le spectre de l'affectio societatis », *JCP éd. E*, 1994, I, 346

¹⁶⁵³ « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a considéré à bon droit que la volonté commune de s'associer, exclusive de tout lien de subordination, est une condition essentielle de l'existence d'une société* » : Cass. Com., 19 nov. 1962, *Bull. Civ.*, III, n°463 ; La Cour de cassation a notamment considéré que l'absence d'affectio societatis n'entraînait pas l'inexistence de la société mais la nullité de celle-ci : Cass. Com., 22 juin 1999, n°98-13.611, *BJS*, 1 oct. 1999, 10, p. 978, note COURET (A.) ; *Dr. Sociétés*, 1999, n°143, note BONNEAU (T.) ; Sans affectio societatis, la jurisprudence a pu dans plusieurs cas considérer que la société est fictive : V. TGI Paris, 14 mars 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, II, 912 ; CA Paris, 25 avr. 1984, *Bull. Joly*, 1984, p. 1004, n°368-II ; CA Paris, 24 nov. 1989, *JCP éd. E*, 1991, I, 61, n°3. Voir sur une liste de ces jurisprudences : MARTIN-SERF (A.), *Consentement des parties. Sociétés fictives*, *Juris. Cl.*, Fasc. 7-40, 18 décembre 2019, n°19.

¹⁶⁵⁴ GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial générale et sociétés*, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 6^{ème} éd. 1990 et 10^{ème} éd., 1998, n°124, p. 124 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°259, p. 93 ; MERLE (P.), FAUCHON (A.) (Collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. précis Dalloz, Dalloz, Paris, 24^{ème} éd. 2020-2021, n°57, p. 75 ; ESKINAZI (D.), *La qualité d'associé*, th., 2005, nos 32 et s., p. 27 et s. ; SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°139 et s., p. 73 et s. ; DIDIER (P.), *Droit commercial*, T. 2, *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 29.

¹⁶⁵⁵ GUYON (Y.), *Droit commercial général et sociétés*, T 1, coll. Droit des affaires et de l'entreprise Economica, Economica, 12^{ème} éd. 2003, n°124.

¹⁶⁵⁶ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. 2003, n°439, p. 242.

¹⁶⁵⁷ COURET (A.), « Le droit des sociétés, un droit post moderne », *BJS*, mai 2015, p. 213, n°113.

¹⁶⁵⁸ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°145, p. 75.

¹⁶⁵⁹ Sur l'existence de société sans affectio societatis : SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th., T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°144, p. 75.

¹⁶⁶⁰ CUISINIER, *L'affectio societatis*, th. 2008, Litec ; V. également Viandier : « *L'affectio societatis étant plus un sentiment qu'un concept juridique* » (VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, coll. Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°78, p. 79).

¹⁶⁶¹ DIDIER (P.), *Droit commercial*, T. 2, *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 32.

c'est un concept incertain¹⁶⁶². Il considère qu'il se traduit simplement par le droit de participer aux décisions collectives, et que sans ce droit on n'est pas associé ou on n'est pas dans le cadre d'une société. L'*affectio societatis* serait alors plus un sentiment qu'un concept juridique¹⁶⁶³.

570. Il semble plus juste de considérer que ce principe s'applique différemment en fonction de la forme de la société et du moment de l'entrée dans le capital. S'il semble incontestable d'affirmer que les sociétés de personnes sont animées par un fort esprit de coopération, il en va différemment dans la majorité des sociétés de capitaux dont les associés ne participent pas à la gestion de la vie sociale¹⁶⁶⁴ ou dans les sociétés unipersonnelles qui ne supposent aucune coopération¹⁶⁶⁵. L'*affectio societatis* est plus exigeant dans le cadre d'une société de personnes que d'une société par actions¹⁶⁶⁶.

571. La définition délicate de l'*affectio societatis*. Une autre difficulté est que la doctrine ne s'entend toujours pas sur le contenu de cette notion¹⁶⁶⁷. L'*affectio societatis* peut en effet revêtir plusieurs formes¹⁶⁶⁸, dont la principale est la volonté de collaborer, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune¹⁶⁶⁹. L'*affectio societatis* renvoie à « *une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire* »¹⁶⁷⁰, à « *la volonté d'union et l'acceptation d'aléas communs* », ou

¹⁶⁶² PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th., T. 402, L.G.D.J., 2003, n°439, p. 242.

¹⁶⁶³ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 32^{ème} éd. 2019, nos°260 et s., p. 94 et s.

¹⁶⁶⁴ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th., T. 402, L.G.D.J., 2003, n°446, p. 247.

¹⁶⁶⁵ Le droit des sociétés admet notamment la création de société unipersonnelle. La loi de 1985 qui a créé les EURL a accru cette situation de société sans *affectio societatis*. Même si beaucoup d'auteurs ont remis en cause son utilité (SERLOOTEN (P.), « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.*, 1985, chron., p. 187). Elle remet en cause la conception contractuelle de la société et le rôle déterminant de l'*affectio societatis*. La loi de 1993 a enlevé la condition de sept actionnaires pour une société anonyme. Elle fut achevée par la loi du 12 juillet 1999 qui créa la SASU, société par actions simplifiée unipersonnelle.

¹⁶⁶⁶ Sur l'inexistence de l'*affectio societatis* dans ces sociétés cotées en bourse : MERLE (P.), FAUCHON (A.)(Collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. précis Dalloz, Dalloz, 24^{ème} éd. 2020-2021, n°57, p. 76 ; VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, coll. Bibl. Droit privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°87, p. 87.

¹⁶⁶⁷ VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, coll. Bibl. Droit privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, nos°76 et s.

¹⁶⁶⁸ GUYON (Y.), *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, T 1, coll. Droit des affaires et de l'entreprise Economica, Economica, 12^{ème} éd. 2003, n°126.

¹⁶⁶⁹ MERLE (P.), FAUCHON (A.)(Collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. précis Dalloz, Dalloz, 24^{ème} éd. 2020-2021, n°57, p. 76. Plusieurs critiques ont été apportées sur cette définition, car la collaboration n'est ni active, ni égalitaire. La majorité a plus de moyens que les associés minoritaires... Bien que plusieurs jurisprudences démontrent en effet que les associés doivent avoir l'intention de se traiter comme des égaux (V. Notamment : CA Paris, 25 avril 1984, *Bull. Joly*, 1984, p. 1004 ; V. La Jurisprudence dans : CANIN (P.), « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. Sociétés*, 1998, chron., n°1 ; Cass. Com., 3 juin 1986, *Bull. Civ.*, IV, n°116 ; Cass. Com., 9 avr. 1996, *Rev. Sociétés*, 1997, p. 81, note BENAC-SCHIDT (F.)).

¹⁶⁷⁰ VIDAL (D.), LUCIANO (K.), *Cours de droit général des sociétés*, Gualino, 1^{ère} éd. 2015-2016, n°243, p. 64.

encore « *la volonté de s'associer et de participer aux bénéfices et aux pertes d'une entreprise commune* »¹⁶⁷¹. Parmi toutes ces définitions ressort constamment cette « *intention de s'associer* »¹⁶⁷² et de s'investir dans la vie de la société, laquelle peut s'exprimer en prenant notamment part au vote en assemblée¹⁶⁷³. Cette volonté commune permet de justifier, voire d'imposer certains devoirs.

572. Le lien entre l'affectio societatis et le devoir de secours. Le devoir de secours peut en effet s'expliquer par une notion fondamentale du droit des sociétés qui est l'intérêt commun¹⁶⁷⁴. Cette notion dépasse depuis quelques années le simple cadre de la société pour impliquer les parties prenantes. Le professeur Trébulle parle de responsabilité sociétale des entreprises. Les décisions prises par les associés peuvent avoir des incidences sur les citoyens. Peu à peu, les intérêts des hommes prennent le pas sur l'imperium des associés¹⁶⁷⁵. La responsabilité sociétale vient lier l'associé au sort de l'entreprise en procédure collective.

573. Néanmoins, malgré cette absence de consensus sur la notion, l'affectio societatis suppose un comportement, une façon d'exécuter le contrat de société, qui motivent un soutien de l'associé à la société en difficulté. Cette notion d'*affectio societatis* justifie le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

574. L'associé par son apport a manifesté sa volonté de prendre part à une entreprise commune, conformément à l'article 1833 du Code civil. Outre cette volonté d'aboutir à un objectif commun, l'*affectio societatis* impose également au contractant d'agir de façon loyale. L'associé doit ainsi respecter ce devoir. Certains considèrent que c'est une manifestation de la bonne foi née du contrat de société. Véritable devoir à la charge de l'associé, la bonne foi exige qu'il défende les intérêts de la société. Ce devoir semble se poursuivre lorsque l'entreprise est en procédure collective et participe au principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

575. Conclusion Section II. Ainsi, l'associé ne doit pas faire échec au sauvetage de l'entreprise par son droit de vote. Il détient par ses droits politiques un véritable pouvoir, lequel

¹⁶⁷¹ Sur les différentes expressions de l'*affectio societatis* : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, L.G.D.J., Domat Dr. Privé, 7^{ème} éd. 2018, n°101, p. 95.

¹⁶⁷² PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th., T. 402, L.G.D.J., 2003, n°443, p. 245 ; NEBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'affectio societatis », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 425 ; DIDIER (P.), *Droit commercial*, T. 2, *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 32 ; CHAPUT (Y.), *Droit des sociétés*, Coll. Dr. Fondamental, PUF, 1993, n°38 et s., p. 33 et s.

¹⁶⁷³ DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd., 1999, p. 29 ; CHARTIER (Y.), « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP éd. G*, 1978, I, 2917.

¹⁶⁷⁴ C. Civ. Art. 1833.

¹⁶⁷⁵ BOMPOINT (D.), « Peu à peu, le citoyen évince l'actionnaire », *JCP éd. E*, 2015, n°1305.

trouve désormais une limite lorsque l'entreprise est en difficulté. On peut considérer que le droit des entreprises en difficulté a simplement fait évoluer la notion d'associé et les droits qui la caractérisent. D'un droit propre on est passé à un droit fonction. Les devoirs inhérents à la qualité d'associé, comme la bonne foi ou l'affection societatis, permettent de fonder la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, en ce qu'ils imposent de prendre en compte les intérêts de la société.

Conclusion du chapitre II.

576. Cette nouvelle position de l'associé au sein du droit des procédures collectives pose la question de son fondement. Pourquoi l'associé doit-il désormais participer au sauvetage de l'entreprise ?

577. Il convenait de chercher la réponse à cette question dans les sources des obligations. L'associé est placé face à deux obligations qui vont le contraindre à participer financièrement au sauvetage de l'entreprise, l'obligation de libérer l'apport et l'obligation de reconstituer les capitaux propres. L'étude a révélé que ces obligations ne naissent pas d'une faute de l'associé. On pourrait pourtant penser que l'associé aurait dû, avant l'ouverture de la procédure collective, prendre les mesures nécessaires pour s'acquitter de ses obligations. Cependant, il paraît difficile d'admettre que le financement demandé à l'associé en procédure collective, soit dû à un agissement contraire à la loi, seules les difficultés de l'entreprise, sont à l'origine de ces contraintes. On ne peut donc rattacher ces nouvelles mesures coercitives à la notion émergente d'associé responsable, laquelle suppose une faute de l'associé.

578. Le fondement du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise doit alors être rattaché dans les difficultés de l'entreprise, mais aussi dans la qualité d'associé. L'étude a révélé que le droit des procédures collectives s'appuie sur les obligations et les devoirs rattachés à la qualité d'associé, dont il va moduler l'exécution afin de les adapter à la situation de l'entreprise.

579. D'abord contraint de participer financièrement au sauvetage de l'entreprise, l'associé ne verra pas naître de nouvelles obligations dans son patrimoine. Il devra seulement s'acquitter de ses obligations de libération et de contribution aux pertes, lesquelles seront essentielles à la survie de l'entreprise. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté ne fait qu'exiger des obligations que l'associé a lui-même consenties. La seule différence, c'est qu'il accélère leur paiement en raison des difficultés de l'entreprise.

580. Ensuite, l'associé doit prendre en compte lorsqu'il vote, la situation de l'entreprise. Par son droit de vote, l'associé dispose d'un pouvoir conséquent sur le sort de l'entreprise en difficulté. Si ce droit semble servir uniquement les intérêts de l'associé en droit des sociétés, il en est désormais autrement en droit des entreprises en difficulté. Le pouvoir que suggère le droit de vote trouve désormais une limite lorsque l'entreprise est en procédure de

redressement judiciaire. Le droit des entreprises en difficulté vient responsabiliser l'associé au risque d'une liquidation de l'entreprise et vient consacrer l'idée d'un droit de vote fonction. Il est permis de rattacher ce droit de vote fonction dans le devoir de bonne foi ou dans l'affectio societatis, lesquels incombent à tous associés. Celui-ci doit agir de bonne foi et respecter l'affectio societatis en évitant de causer des dommages à la personne morale avec qui il a contracté. Le devoir de l'associé de voter les restructurations nécessaires au sauvetage de l'entreprise reposerait alors sur les devoirs inhérents à la qualité d'associé.

581. On peut alors en conclure que, malgré les nouvelles contraintes qui s'imposent à l'associé, le droit des entreprises en difficulté ne vient pas rajouter des nouvelles obligations ou des devoirs à l'associé, il consacre une nouvelle conception de la notion d'associé, laquelle impose de voir l'associé comme un simple membre de l'entreprise, soumis à la situation de cette dernière.

Conclusion du titre I.

582. La convergence de plusieurs textes permet d'entrevoir une nouvelle évolution du droit des procédures collectives vers une plus grande participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. La problématique fut de rattacher ces nouvelles mesures à un fondement juridique commun.

583. Tout d'abord, il convenait de déterminer le fondement des manifestations de cette contrainte se caractérisant par une obligation. Conformément au code civil, plusieurs sources peuvent être envisagées. Parmi ces sources, peuvent être cités l'acte juridique, le fait juridique ou l'autorité seule de la loi. Après avoir éliminé l'autorité seule de la loi comme source à cette contrainte, le fait juridique fut envisagé comme possible source de ces contraintes. En procédure collective, pour la libération de l'apport ou la reconstitution des capitaux propres, c'est le jugement d'ouverture qui déclenche ces obligations et même ces devoirs. Indépendamment de toute faute de l'associé, ce sont les difficultés de l'entreprise qui lui imposent d'agir dans l'intérêt de celle-ci. C'est la condition première au devoir de secours de l'associé.

584. Un second fondement réside dans la qualité d'associé. Être associé implique des obligations. L'associé a l'obligation de libérer l'apport et de contribuer aux pertes. C'est sur l'obligation de libération que repose l'exigibilité immédiate de l'apport. On peut alors supposer que l'apport établit ce lien entre l'associé et l'entreprise. Une jurisprudence récente semble d'ailleurs affirmer cette idée. L'apport contribuerait au bon développement de l'entreprise. L'obligation de reconstituer les capitaux propres fondée sur l'obligation de contribuer aux pertes appuie également cette idée d'un devoir de secours reposant sur la qualité d'associé. La nouveauté tient à affirmer que cette obligation pourrait créer un lien avec l'entreprise. Par le sauvetage de la société, les intérêts des créanciers pourront être sauvegardés et cela en impliquant l'associé sur le fondement de son obligation de contribuer aux pertes.

585. La qualité d'associé peut aussi expliquer le devoir qui lui est fait d'utiliser ses droits politiques aux fins de sauvetage de l'entreprise. Les droits sociaux peuvent être assimilés à un pouvoir. La liberté totale de l'associé dans l'exercice de tels droits lui assurerait un pouvoir de vie ou de mort sur la l'entreprise. Pourtant, l'entreprise ne doit plus être considérée comme la chose des associés. D'autres parties participent au développement de celle-ci. La qualité de

fondateur ne doit pas leur conférer tous les droits. Des conceptions, comme le devoir de bonne foi ou l'*affectio societatis*, se rapprochent de l'idée d'un devoir, limitant le droit de vote de l'associé lorsque l'intérêt de l'entreprise le commande.

586. Ainsi, c'est la procédure collective de l'entreprise et les engagements dus à la qualité d'associé qui fondent le principe de participation de l'associé. Ces fondements peuvent se justifier par divers concepts adoptés par la doctrine comme la théorie du risque, l'idée d'une société institution ou l'intérêt de l'entreprise dépassant celui des associés. Toutes ces idées semblent désormais affirmées au regard du lien qui unit l'associé et l'entreprise lorsque celle-ci est en procédure collective. Dans le souci de défense de l'intérêt de l'entreprise et de ses parties prenantes, le législateur a instauré un nouveau principe, celui d'un associé contraint à participer au sauvetage de l'entreprise.

TITRE II

La qualification juridique de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

587. Le droit des procédures collectives a fait émerger de nouvelles mesures contraignant l'associé à participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Si les qualificatifs diffèrent, « *devoir de sauvetage* »¹⁶⁷⁶, « *devoir d'assistance* »¹⁶⁷⁷, « *devoir de loyauté* »¹⁶⁷⁸, « *devoir de financer le plan de sauvetage de la société* »¹⁶⁷⁹, tous supposent un devoir¹⁶⁸⁰. La question de la pertinence de cette qualification juridique se pose. Le devoir est une notion juridique avec des caractères qui lui sont propres et qui le distinguent de l'obligation. On peut néanmoins craindre une confusion entre l'obligation et le devoir.

588. En effet, l'associé est soumis, dans le cadre du contrat de société et de la loi, à plusieurs obligations qui vont le lier à la personne morale. Par son adhésion au pacte social, l'associé consent donc à des obligations, mais également à des devoirs¹⁶⁸¹. La difficulté est de distinguer les unes des autres car le devoir est encore peu défini d'un point de vue juridique¹⁶⁸². « *C'est ainsi que des concepts tels que le devoir général de bonne foi ou le devoir d'assistance de la société en*

¹⁶⁷⁶ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, T. 2, L.G.D.J., préface de Hael (J.-P.), 2013, nos^o633 et s. ; CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n^o351.

¹⁶⁷⁷ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n^o1, p. 2.

¹⁶⁷⁸ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), L.G.D.J., 22^{ème} éd. 2017, n^o1534, p. 32 ; LE NABASQUE (H.), « Les devoirs de l'actionnaires », *Gaz. Pal.*, n^oHors-série 2, 6 juin 2016, p. 6.

¹⁶⁷⁹ LUCAS (F.-X.), PORACCHIA (D.), « L'expropriation de l'associé qui ne finance pas la restructuration de la société en redressement judiciaire », in « *Le juriste dans la cité* », Études à la mémoire de NEAU-LEDUC (P.), L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 2018, n^o3, p. 630.

¹⁶⁸⁰ LE NABASQUE (H.), « Les devoirs de l'actionnaires », *Gaz. Pal.*, n^oHors-série 2, 6 juin 2016, p. 6 ; MOUILLAD (A.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n^oHors-série 2, p. 40 ; MERCIER (J.-L.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n^oHors-série 2, n^o266, p. 47 ; LUCAS (F.-X.), « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté », *Gaz. Pal.*, n^oHors-série 2, 6 juin 2016, p. 50 ; COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14 ; DAMMAN (R.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté. La responsabilité civile de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, hors-série n^o2, 2016, p. 42 ; GENESTOUX (A.), DELSOL, « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.*, n^o5, nov. 2015, alerte 17.

¹⁶⁸¹ Sur le sujet : COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n^oHors-série 2, p. 14, n^o22.

¹⁶⁸² Le contenu de la notion devoir « *n'est pas toujours facile à préciser car celle-ci s'apparente semble-t-il davantage à un précepte général, à une sorte de règle déontologique* » : GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n^o1, p. 2.

difficulté financière peuvent apparaître souvent diffus »¹⁶⁸³. Ceci s'explique, en partie, par la diversité des devoirs auxquels l'actionnaire est tenu, qui peuvent varier tant par leur nature que par le contexte dans lequel ils apparaissent¹⁶⁸⁴. Certains constituent des devoirs généraux auxquels tous les associés sont tenus, tandis que d'autres interviennent selon des circonstances de fait particulières, parfois rattachable au statut de certains associés ou des difficultés affectant le fonctionnement de la société¹⁶⁸⁵. Cette diversité explique la difficulté qu'il peut y avoir à déterminer ce qu'est un devoir d'un point de vue juridique. De plus, le devoir offre de nombreuses similitudes avec l'obligation¹⁶⁸⁶, ce qui a forcément induit un rapprochement, voire une assimilation à celle-ci dans certains cas.

589. La confusion entre les notions d'obligation et de devoir. Dans le langage courant, une obligation se définit comme « *tout devoir auquel le citoyen est astreint en vertu des règles les plus diverses : on parle des obligations morales, des obligations religieuses, des obligations fiscales, des obligations mondaines, des obligations professionnelles, etc.* »¹⁶⁸⁷. Le terme d'obligation pris dans son acception générale correspondrait donc à un devoir. Néanmoins, pour reprendre la formule du Doyen Roger Houin, « *il ne faut pas que la confusion du langage entraîne l'incertitude du droit* »¹⁶⁸⁸. Pourtant, ce mélange des deux notions se retrouve également dans les dictionnaires de vocabulaire juridique qui les considèrent également comme synonymes¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸³ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, Coll. Droit des affaires, Economica, 1999, n°1, p. 2.

¹⁶⁸⁴ COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*

¹⁶⁸⁶ Les notions de devoir et d'obligation se rapprochent notamment par leur sanction, car toute deux supposent une sanction étatique en cas de violation : BEN HADJ YAHIA (S.), *La fidélité et le droit*, th., L.G.D.J., 2013, n°141, p. 132.

¹⁶⁸⁷ BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Domat, L.G.D.J., 18^{ème} éd. 2019, n°1, p. 17

¹⁶⁸⁸ HOUIN (R.), « Les incapacités », *RTD Civ.*, 1947, 383, p. 405.

¹⁶⁸⁹ *Devoir* : « 1 Souvent syn. D'obligation, soit dans un sens vague (pour désigner tout ce qu'une personne doit ou ne doit pas faire), soit dans un sens technique précis (rapport de droit : ex : devoir de réparation à la charge du responsable). 2 Désigne plus exactement certaines *règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent (qui se trouvent avoir aussi une coloration morale) : devoirs du mariage, devoir de famille. 3 Dans un sens voisin, désigne des obligations préétablies que la loi impose, non envers une personne déterminée, mais d'une manière générale, soit à une personne en raison de ses fonctions ou de sa profession (devoir d'état), soit à tout homme envers ses semblables : devoir de ne pas s'enrichir injustement au détriment d'autrui, de respecter la propriété, etc... » : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Quadriga, Association Henri Capitant, Puf, 13^{ème} éd. 2020, V. *Devoir*, p. 340. V. également : *Devoir (Droit en général)* : « Désigne une obligation morale, une exigence de conduite qui peut être sanctionnée par le droit (par exemple, un devoir de collaboration) » ; *Obligation (droit en général)* : « Contrainte, devoir résultant d'un texte légal, de la morale » : PUIGELIER (C.)(Dir.), BOTTINI (F.), CHAUMET (P.-O.), DENIS (C.), HERIN (J.-L.), HERIN (M.-F.), JARLOT (A.), *Dictionnaire juridique*, Bruylant, 3^{ème} éd. 2020, V. *obligation*, n°4248, p. 798.

590. Les auteurs¹⁶⁹⁰ et le législateur¹⁶⁹¹ utilisent ainsi ces deux notions comme si elles étaient interchangeables. Par exemple, en matière de rapport de fidélité, certains auteurs utilisent indistinctement le terme d'obligation ou celui de devoir. On privilégie le terme d'obligation de fidélité pour les salariés ou pour le gérant d'une société, alors qu'on emploie la notion de devoir de fidélité entre époux¹⁶⁹². De la même façon, on parle de devoir ou d'obligation d'information¹⁶⁹³, ou de devoir de loyauté issue de l'obligation de bonne foi¹⁶⁹⁴ qui peuvent être imputés à l'associé. La seule différence repose sur leur source, alors que le devoir de loyauté est d'origine prétorienne, la bonne foi est d'origine légale¹⁶⁹⁵. Pourtant, en matière de contribution aux pertes et de libération du capital, alors que les deux prestations ont des origines légales, l'associé a une obligation de libération de l'apport qui est pourtant l'expression d'un devoir, celui de contribuer aux pertes¹⁶⁹⁶. Enfin, l'interdiction faite à certains associés de ne pas concurrencer leur société est souvent traduite par une obligation de non concurrence, alors qu'il s'agit pourtant d'un devoir¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹⁰ V. par exemple : CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 13^{ème} éd. 2020, V. *Devoir*, p. 340 ; POTHIER, *Traité des obligations*, 1977, n°1. L'emploi indifférencié de ces termes est également très présent chez SAVATIER : *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 1939, T. I, n°6, p. 8. Le « *devoir légal* » y est présenté comme le synonyme de « *l'obligation* » : Sur cette analyse : OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009. Sur le caractère interchangeable de ces deux notions : MARINELLI (V.), « Obligations et devoirs de magistrats en Italie », *LPA*, 1 févr. 2008, n°24, p. 6.

¹⁶⁹¹ Le chapitre VI du Titre V du livre premier s'intitule « Des devoirs et droits respectifs des époux », la notion de devoir a été préférée à celle d'obligation pour caractériser les rapports entre époux. Pourtant, plusieurs textes évoquent des obligations à l'égard des époux. L'article 214 du Code civil met à la charge des époux « *des obligations* » de contribuer aux charges du mariage. De même, l'article 215 du Code civil oblige les époux à une communauté de vie, telle que l'obligation de cohabitation. Pour d'autres exemples d'abus de la notion d'obligation, plutôt que celle de devoir dans la loi : V. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°8, p. 7.

¹⁶⁹² La fidélité est un devoir, une norme de conduite : BEN HADJ YAHIA (S.), *La fidélité et le droit*, th. 2013, L.G.D.J., n° 141, p. 130 ; Sur le caractère interchangeable entre l'obligation et le devoir de fidélité des époux : BALESTRIERO (V.), « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *LPA*, 8 nov. 1995, n°134, p. 17.

¹⁶⁹³ L'obligation est souvent associée aux termes d'information et de renseignement, réservant le terme de devoir à l'expression « *devoir de conseil* » : MEKKI (M.), « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.*, 12 avr. 2016, n°14, p. 15. Tout médecin doit informer son patient des risques encourus par l'opération. Cette obligation d'information était « *traditionnellement rattachée au contrat médical passé entre le médecin et son patient* » : BORGHETTI (J.-S.), « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », *RDC*, 1 juin 2008, n°3, p. 769.

¹⁶⁹⁴ JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. T. 573, L.G.D.J., préface de AYNES (L.), 2016, n°118, p. 104 ; TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, th. 2012, coll. Inst. Dr. Aff, PUAM, préface de FABRE-MAGNAN (M.), nos°76 et s., p. 85 et s.

¹⁶⁹⁵ C. Civ. Art. 1104.

¹⁶⁹⁶ Sur cette confusion entre l'obligation de libération et le devoir de contribuer aux pertes : COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14 ; Sur le caractère interchangeable des notions de devoir et d'obligation de contribuer aux pertes, voir pour exemple : BARBIERI (J.-F.), « Articulation de l'intangibilité des engagements des associés avec leur devoir de contribuer aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2005, p. 176.

¹⁶⁹⁷ L'obligation de non concurrence ne pouvant être comptabilisée au patrimoine de l'associé. Cf. *Infra*. n°642 et spécialement la note de bas de page n°1896.

591. Le devoir est une notion émergente qui ne fait pas encore l'unanimité chez les juristes. C'est pourquoi la notion d'obligation lui est souvent préférée. Le devoir relèverait plus de l'ordre de la morale¹⁶⁹⁸, contrairement à l'obligation qui renverrait à une « *prescription purement juridique* »¹⁶⁹⁹. Nombre d'auteurs considèrent d'ailleurs que le devoir n'a pas sa place dans la sphère juridique¹⁷⁰⁰. Néanmoins, certains manquements à des devoirs sont sanctionnés par le droit¹⁷⁰¹, ce qui permet de valider la nature juridique de ceux-ci.

592. **Un abus de la notion d'obligation.** Plusieurs auteurs dénoncent un usage abusif de la notion d'obligation¹⁷⁰². Cette notion est habituellement utilisée pour caractériser un engagement. Le Doyen Carbonnier avait déjà remarqué cet abus ; selon lui « *certaines devoirs peuvent être regardés comme des devoirs juridiques, parce que leur inobservation est sanctionnée par l'État et ses tribunaux, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique, des rapports de débiteur à créancier, faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution* »¹⁷⁰³. Cet usage inapproprié fut également relevé par le professeur Roubier qui constatait que « *les juristes contemporains ne se sont pas généralement servis du mot : devoir. En revanche, ils ont largement usé du mot : obligation* »¹⁷⁰⁴. Afin de

¹⁶⁹⁸ En effet, il convient en premier lieu d'écarter les obligations dites imparfaites. En ce sens, POTHIER prend le soin au début de son traité des obligations d'opérer une distinction (POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, T. I, 1964, n°3). Il sépare les obligations imparfaites dont chacun n'est comptable qu'à Dieu, tels les devoirs de charité ou de reconnaissance, des obligations parfaites constituées par les engagements personnels dont il est possible d'exiger l'exécution par un recours devant la justice (V. MONEGER (J.), SOURIOUX (J.-L.), TERASSON DE FOUGERES (A.) (Dir.), POTHIER (R.-J.), *d'hier à aujourd'hui*, Economica, 2001). D'un point de vue juridique, seuls les devoirs résultant d'une règle de droit sont concernés, ceux qui sont assortis d'une sanction juridique, impliquant une intervention étatique, ce qui exclut les obligations morales. Certains devoirs ne sont pas de nature juridique, tel le devoir charité, même s'ils peuvent être sanctionnés de manière non juridique, notamment par l'exclusion d'un milieu social. On parle ainsi d'obligation imparfaite. C'est donc la possibilité d'une sanction judiciaire ou administrative qui va faire la différence entre les devoirs moraux et les devoirs juridiques.

¹⁶⁹⁹ OUEDRAOGO (R.-W.), *La notion de devoir en droit de la famille*, th., éd. Bruylant, 2014, n°2, p. 20.

¹⁷⁰⁰ À propos du devoir et de l'incombance : « *qu'elles soient considérées comme extérieures au droit, ou conceptuellement inexistantes, ces notions souffrent toutes deux d'incertitudes quant à leur intégration dans le domaine juridique* » : FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 575, L.G.D.J., 2017, n°23, p. 27 ; « *On peut admettre que les juristes ont éprouvé une certaine méfiance vis à vis du mot « devoir », du fait de son emploi si répandu dans cette discipline voisine, qui est la morale. A certains, il devait sembler que ce mot n'avait pas une rigueur suffisante pour la discipline juridique* » : ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°13, p. 100. De façon plus nuancée en parlant du devoir : « *Ce dernier a une connotation plus englobante et moins juridique que le terme d'obligation* » : GROSSI (I.), *Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, th. Aix-Marseille, Dact., 1998, n°6 ; Enfin, selon les manuels de philosophie, le devoir ne relèverait que de la morale et s'opposerait d'ailleurs à l'obligation juridique. Le devoir n'appartiendrait pas à la sphère juridique, mais plutôt au domaine de la conscience : COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14.

¹⁷⁰¹ Citons seulement le devoir de fidélité entre époux, dont la violation est considérée comme une faute susceptible de divorce et de responsabilité.

¹⁷⁰² Sur les origines de cette confusion : FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°9, p. 8.

¹⁷⁰³ CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. II, PUF, 2004, n°922, p. 1920.

¹⁷⁰⁴ ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situation juridiques*, D., 1963, n°13, p. 97.

pallier cette confusion, une doctrine contemporaine s'est essayée à distinguer les notions d' « obligation » et de « devoir »¹⁷⁰⁵.

593. L'intérêt de la distinction. Au-delà de la simple précision de langage¹⁷⁰⁶, un travail sur cette distinction semblait nécessaire, tant l'obligation et le devoir se différencient par leurs fondements¹⁷⁰⁷, leurs régimes juridiques¹⁷⁰⁸ et leurs sanctions¹⁷⁰⁹.

594. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁷¹⁰ n'a apporté aucun éclairage sur les caractéristiques de l'obligation et ne concourt en rien à la différenciation de ces deux notions. On rejoindra la critique de plusieurs auteurs qui regrettent l'absence de proposition d'une définition de l'obligation dans l'ordonnance réformant le droit des obligations¹⁷¹¹. Ce défaut de précision entretient la

¹⁷⁰⁵ V. notamment sur le sujet : HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th. Paris II, éd. Panthéon-ASSAS, 2016 ; OUDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille. Essai d'une théorisation éthique*, th. Paris VIII, 2012 ; FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°24, p. 28 ; ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situation juridiques*, 1963, D., nos°13 et s., p. 97 et s. ; CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.) (Dir.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104.

¹⁷⁰⁶ « Et si on revient un instant sur leur sens originnaire, les points d'opposition entre les deux notions paraissent nombreux. Elles ne semblent pas appartenir au même registre de langage : alors que l'obligatio romaine était une notion matérielle cantonnée dans l'ordre du particulier, l'officium revêtait un sens plus social » : STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J., préface de BOUT (R.), 2000, n°147, p. 134 ; Sur cette absence de précision de langage : FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°8, p. 7.

¹⁷⁰⁷ « Le devoir de ne pas nuire injustement à autrui est-il le fondement du principe de la responsabilité civile ; le devoir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, la source de l'action d'enrichissement sans cause ; le devoir de prêter assistance au prochain peut-il espérer arriver à la consécration légale ? On ne peut poser ces questions sans soulever les plus graves discussions sur le fondement et l'étendue des obligations extracontractuelles, et c'est peut-être pour ne pas les avoir posées que tant de décisions demeurent dans ces difficiles questions » : RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd. 1949, n°3, p. 7.

¹⁷⁰⁸ Cf. *Infra*. n°717.

¹⁷⁰⁹ Il a été défendu que la violation d'un devoir peut être sanctionnée sur l'article 1382 du Code civil comme une obligation. Sur l'abus du terme obligation sur la responsabilité civile : V. PLANIOL (M.), *Traité élémentaire, Droit civil*, T. II, 1931, n°863 ; Sur l'utilisation de l'article 1382 du Code civil pour la violation d'un devoir : SAVATIER (R.), *Des effets de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, th. Poitiers, 1916, p. 129 ; PIQUEMAL (M.), *Le fonctionnaire. Devoirs et obligations*, th., vol. 2, éd. Berger-Levrault, préface de MEHL (L.), 1974, p. 13. Monsieur Likillimba pense qu'il : « convient d'indiquer que l'opposition entre les deux notions – devoir et obligation – est faite en doctrine, généralement, pour dénier le caractère contractuel à la sanction de la violation d'un devoir » (LIKILLIMBA (G.-A.), *La fidélité en droit privé*, th., PUAM, 2003, n°18, p. 28).

¹⁷¹⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁷¹¹ HAGE-CHAHINE (N.), « La notion d'obligation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA*, 3 nov. 2015, n°219, p. 7 ; Dans le même sens sur les réformes précédentes : FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°3, p. 3 ; Certains auteurs ont toutefois tenté de la définir comme « un lien de droit en vertu duquel une personne, appelée débiteur est tenue envers une autre personne, appelée créancier, à une prestation dont l'exécution peut être obtenue au besoin avec le concours de la force publique » : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°118, p. 55.

confusion entre l'obligation et des notions voisines telles que la sujétion¹⁷¹², l'incombance¹⁷¹³ ou le devoir¹⁷¹⁴.

595. L'éviction de la théorie dualiste de l'obligation. De nature et de régime différents, les deux notions doivent donc être envisagées distinctement. Il convient d'évacuer la thèse de la théorie dualiste de l'obligation¹⁷¹⁵, dont les tenants ne considèrent le devoir que comme une composante de l'obligation¹⁷¹⁶. Cette doctrine, d'origine allemande, décompose l'obligation entre le *schuld* (debitum, le devoir bilatéral) et le *haftung* (obligation, contrainte). Le débiteur aurait le devoir d'agir, tandis que le créancier aurait le devoir de recevoir. Les partisans de cette doctrine considèrent que le devoir est « *un rapport économique de donner et recevoir* »¹⁷¹⁷. Le rejet de cette théorie s'explique : d'une part, cette conception de l'obligation n'a pas été retenue par notre droit positif¹⁷¹⁸, d'autre part, cette analyse ne paraît pas convaincante du fait qu'elle retient une vision trop restrictive de la notion de devoir. En effet, le devoir ne se résume pas à une simple exigence morale. Il peut également avoir une nature juridique, dans la mesure où l'exécution de certains devoirs peut être poursuivie en justice¹⁷¹⁹.

596. Les différentes doctrines sur la distinction de l'obligation et du devoir. Ainsi, s'il est pris pour postulat que le devoir se distingue de l'obligation, la question des critères

¹⁷¹² Sur le risque de qualifier d'obligation des sujétions : V. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°10, p. 9 ; Sur la sujétion en droit des entreprises en difficulté : V. ROLAIN (M.), « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA*, 17 déc. 2014, n°251, p. 7 ; Sur la distinction du devoir et de l'obligation avec la sujétion : HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th., éd. Panthéon-ASSAS, 2016, n°23, p. 49.

¹⁷¹³ L'incombance peut se définir comme une « *Charge, devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir* » : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 529, V. *Incombance*.

¹⁷¹⁴ V. également en ce sens : « *Si les devoirs et les incombances peinent à être distingués de l'obligation civile, c'est en raison du fait que celle-ci n'est elle-même par correctement identifiée* » : FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°31, p. 31.

¹⁷¹⁵ V. Sur l'analyse dualiste de l'obligation : COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th., Dalloz, 1963.

¹⁷¹⁶ Selon Carbonnier : « *Dans toute obligation il y a un devoir ; mais tout devoir n'est pas une obligation* » : CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Quadrige, PUF, 2004, n°922, p. 1917 ; V. également : GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.) (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2012, V. *Devoir juridique* ; TERRE (F.), « Présentation », in *l'obligation*, 2000, Archives de philosophie du droit, D., p. 9.

¹⁷¹⁷ Selon GOMAA (M.K. N.), *Théorie des sources de l'obligation*, L.G.D.J. 1968, n°283, p. 251.

¹⁷¹⁸ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°127, p. 59 ; HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th., éd. Panthéon-ASSAS, 2016, n°7, p. 33 ; FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°126.

Cette théorie fit notamment l'objet de plusieurs critiques : FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll., Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, nos°43 et s., p. 37.

¹⁷¹⁹ GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 21^{ème} éd. 2013, V. *Devoir juridique* ; Dans le même sens : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Quadrige, Puf, 13^{ème} éd. 2020, p. 341, V. *Devoir*.

de distinction fait toujours débat. Malgré les divers travaux sur le sujet, le devoir reste encore une notion méconnue du droit, ce qui rend difficile la perception de ses éléments caractéristiques.

597. Monsieur Yung nous éclaire sur la démonstration à suivre en posant pour principe que tout lien de droit, imposant à une personne une prestation de faire ou ne pas faire, qui n'est pas une obligation est un devoir juridique, qui peut être général ou spécial¹⁷²⁰. Ainsi, il conviendra tout d'abord de déterminer les critères caractéristiques de l'obligation pour en déduire ceux du devoir et ainsi démontrer que l'associé n'a pas uniquement un devoir mais également des obligations. Cette démonstration sera faite au travers de divers exemples issus du droit des entreprises en difficulté mais également du droit des sociétés. En effet, il est désormais admis que la notion d'obligation « dépasse » le droit civil, pour intéresser l'ensemble du droit : le droit du travail, le droit des sociétés ou encore le droit des entreprises en difficulté. En 1925, le professeur Saleilles a d'ailleurs développé une théorie sur l'universalisme du droit des obligations¹⁷²¹. Le droit des obligations serait toujours le même, sans distinction de la matière à l'intérieur de laquelle il s'applique¹⁷²². Les obligations issues du droit civil serviront donc également d'exemple afin de déterminer les caractéristiques de l'obligation et du devoir. Deux thèses ont déjà été consacrées à cette étude¹⁷²³. Les deux doctrines s'affrontent réfutant chacune les critères de l'autre¹⁷²⁴. Pourtant, bien que les critères proposés soient différents, rien ne semble écarter une possible complémentarité.

598. Tout d'abord, une première thèse de monsieur Hage-Chahine retient deux critères cumulatifs permettant de distinguer l'obligation et le devoir¹⁷²⁵. Le premier critère serait

¹⁷²⁰ YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », in Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.), Éd. Universitaires Fribourg 1968, Suisse, p. 163.

¹⁷²¹ SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1925, n°80 et 82.

¹⁷²² Sur l'unicité de la notion d'obligation : V. également : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd., 2020-2021, nos°132 et s., p. 60 et s.

¹⁷²³ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017 ; HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th. Paris II, éd. Panthéon-ASSAS, 2016.

¹⁷²⁴ Monsieur Hage Chahine parle de « fausseté » du critère du patrimoine comme élément de distinction du devoir et de l'obligation (HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th. Paris II, éd. Panthéon-ASSAS, 2016, p. 111). Alors que, madame Freleteau essaye de démontrer l'insuffisance des critères fondés sur la structure et sur la source (Sur le rejet de la source comme critère de distinction : FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°48, p. 41).

¹⁷²⁵ C'est Yung qui est à l'origine de la déduction de ces deux critères : YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », in Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.), 1968, éd. Universitaires Fribourg Suisse, p. 170 ; Le professeur Chazal en a déduit les mêmes critères dans son article : CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (dir.), *Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille*, Dalloz, 2003, p. 104. Ils ont ensuite été repris et fait l'objet d'une thèse par : HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th. Paris II, éd. Panthéon-ASSAS, 2016.

à rechercher dans la structure¹⁷²⁶, soit l'existence d'un débiteur et d'un créancier, alors que le second critère résiderait dans la source, soit dans le fait générateur déclenchant l'obligation. Ces critères, bien que déterminants dans certains cas, peuvent être insuffisants à qualifier certains engagements, notamment les contraintes imposées par un acte juridique ou par la loi à des personnes déterminées. Le critère de la source ne sera pas étudié dans ce chapitre, mais dans la recherche du fondement de la notion d'associé responsable¹⁷²⁷. Mais, mêmes si ces critères ne sont que relatifs à certaines situations, ils donneront un indice sur la qualification des prestations que l'associé doit accomplir dans le cadre d'une procédure collective.

599. L'imperfection de ces critères nous conduit à une autre doctrine qui a fait l'objet de la thèse de madame Freleteau¹⁷²⁸, qui fonde la différence entre l'obligation et le devoir sur deux critères alternatifs, qui sont d'une part le caractère patrimonial de l'obligation et d'autre part la permanence du devoir. En effet, l'obligation est une prestation économique comptabilisée dans le patrimoine du débiteur et du créancier. Lors de la libération ou de la reconstitution du capital, l'associé débiteur fait un apport en numéraire à la société créancière, ce qui caractérise donc une *obligation* (**Chapitre I**). En revanche, le devoir serait une contrainte comportementale, une façon d'agir ou de s'abstenir de la part du sujet passif. Cette thèse admet également la permanence du devoir qui ne s'éteint pas. Le devoir serait attaché à la qualité de la personne et ne pourrait pas s'éteindre par l'accomplissement de la prestation du sujet passif. *A contrario*, une obligation peut être éteinte, compensée, modifiée ou transmise¹⁷²⁹. C'est pourquoi le vote de l'associé lors d'une augmentation ou d'une réduction de capital destinée à faire entrer un tiers, correspond à un *devoir* (**Chapitre II**).

¹⁷²⁶ La structure correspond aux parties à l'obligation et au devoir. Alors que l'obligation serait le lien entre un débiteur et un créancier, le devoir pourrait être imposé à un sujet passif sans qu'un créancier soit déterminé.

¹⁷²⁷ Néanmoins, on peut déjà évacuer ce critère. Le Code civil énonce les sources pouvant faire naître des obligations. Il s'agit de la classification moderne distinguant les obligations qui naissent d'un acte juridique, d'un fait juridique ou de l'autorité seule de la loi, prévue à l'article 1100 du Code civil. Quant au devoir, rien n'est indiqué dans la loi sur ses sources, mais l'analyse de différents devoirs permet d'en dégager une source principale qui est la loi, dont la jurisprudence joue un rôle déterminant dans la déduction légale de ces devoirs. En effet, une partie de la doctrine « *expliquent que le devoir a toujours une origine légale alors que l'obligation pourrait avoir des fondements divers* » (FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221., L.G.D.J., préface de GHESTIN (J.), 1992, n°4, p. 4). La problématique est que l'acte juridique et l'autorité seule de la loi peuvent aussi bien être source d'obligations que de devoirs. Il sera ainsi impossible de distinguer l'obligation et le devoir en fonction de ces sources. Dans cette impasse, il faut en conclure que le critère de la source ne permet qu'une distinction relative entre l'obligation et le devoir.

¹⁷²⁸ Sur la distinction du devoir et de l'obligation en fonction du patrimoine. V. ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, 2005, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.) ; POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, T. 1, nouvelle édition, 1977, n°138 ; madame Freleteau est venue appuyer cette distinction dans sa thèse : FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576., L.G.D.J., 2017.

¹⁷²⁹ C. Civ. Art. 1234.

CHAPITRE I

L'obligation de participer financièrement au sauvetage de l'entreprise

600. Au sein du Livre VI du Code de commerce, deux obligations financières sont imposées à l'associé. L'ordonnance du 12 mars 2014¹⁷³⁰ a introduit d'une part l'article L. 624-20 du Code de commerce, qui dispose que : « *Le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social* ». L'associé bénéficie lors de la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital d'une facilité lui permettant de différer la libération de son apport. L'objectif impérieux de la sauvegarde de l'entreprise et de l'apurement du passif a conduit le législateur à introduire cette disposition qui permet à la société de réclamer cette dette de l'associé dès le jugement d'ouverture. D'autre part, l'associé est également obligé, sous certaines conditions¹⁷³¹, de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social¹⁷³². La question de la qualification de ces opérations sociétaires s'impose au regard des critères de distinction entre l'obligation et le devoir.

601. Afin de caractériser la nature juridique des mesures de libération et de reconstitution du capital dues par l'associé, il convient dans un premier temps de se référer à la structure de la prestation. L'obligation se caractérise par la présence d'un débiteur et d'un créancier. Ce lien de droit dépend de l'engagement pris par le débiteur vis-à-vis d'un créancier déterminé. Il peut correspondre en droit des sociétés et en droit des entreprises en difficulté au lien unissant l'associé à la société, qui résulte de la conclusion du contrat d'apport, si l'on se réfère à la thèse de monsieur Buchberger¹⁷³³. *A contrario*, le devoir peut s'appliquer sans qu'un sujet actif, soit un créancier, n'ait été déterminé. La structure de la contrainte peut donc servir d'élément de distinction entre l'obligation et le devoir. Tandis que le devoir toucherait un nombre indéfini de personnes, l'obligation serait cantonnée à une ou plusieurs personnes déterminées. Néanmoins, ce premier point de distinction n'est pas décisif en présence de deux

¹⁷³⁰ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹⁷³¹ Cf. *Supra*. n°206.

¹⁷³² Il s'agit de l'article L. 626-3 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde et de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce pour la procédure de redressement judiciaire.

¹⁷³³ V. Sur un contrat liant l'associé à la société : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011.

personnes déterminées, puisqu'un devoir peut également être composé d'un sujet passif et d'un actif. De même, plusieurs auteurs considèrent que le devoir serait plus moral et plus imprécis qu'une obligation, mais ces critères sont objectivement trop vagues pour être retenus.

Il convient alors de se référer à une seconde thèse considérant que l'obligation a une nature patrimoniale, alors que le devoir serait extra patrimonial. De cette distinction s'induit un second critère, la permanence du devoir ou l'extinction et la circulation de l'obligation (**Section I**).

602. Déterminer la nature juridique de la participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté est un préalable pour appréhender le régime et les sanctions attachées à cette notion.

En effet, l'associé peut céder ses titres et les obligations qui y sont attachées, dont l'obligation de libérer l'apport. Dans cette situation, et dans l'hypothèse d'un cessionnaire qui serait dans l'incapacité de libérer l'apport, les organes judiciaires pourront mettre en demeure les anciens titulaires des actions ou des parts sociales non libérées d'y pouvoir. La jurisprudence a également précisé que les organes judiciaires doivent agir de façon égalitaire, en appelant les fonds auprès de tous les associés sans faire de distinction.

Il conviendra donc de préciser le régime juridique de ces obligations et en l'absence de texte en droit des entreprises en difficulté, de rechercher les sanctions associées au non-respect des obligations de libération et de reconstitution des capitaux propres par l'associé.

On se référera aux dispositions du droit des sociétés dont on devra s'assurer qu'elles sont compatibles avec le contexte d'une entreprise en difficulté. On appréhendera alors ces sanctions en fonction de la solvabilité ou non de l'associé défaillant. Enfin on considérera que le refus de l'associé de reconstituer les capitaux propres s'analyse en un abus du droit de vote (**Section II**).

SECTION I

La nature juridique de la participation financière de l'associé déterminée au travers de la distinction de l'obligation et du devoir

603. La contrainte juridique, associée à la participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise, peut s'analyser soit comme une obligation, soit comme un devoir. Il convient alors d'apporter des critères pertinents pouvant distinguer ces deux notions, afin de qualifier convenablement la participation financière de l'associé.

604. Il s'agit tout d'abord de poser les critères permettant de distinguer une obligation d'un devoir juridique. L'obligation est d'abord caractérisée par la présence d'un débiteur et d'un créancier déterminé. Néanmoins, ce critère ne permet pas de la différencier du devoir qui peut lui aussi se fonder sur un lien unissant deux personnes déterminées. On ne retiendra pas non plus certains critères imprécis, jugeant notamment que l'obligation serait plus précise que le devoir ou qu'elle serait moins morale (§I). Ce qui caractérise réellement l'obligation c'est son caractère patrimonial. Ainsi, l'associé qui doit à la société une obligation de libération ou de reconstitution des capitaux propres, est soumis à une obligation. L'implication financière de l'associé se fonde ainsi sur des obligations (§II).

§I - Les critères non retenus pour distinguer l'obligation du devoir et qualifier la participation financière de l'associé

605. Pour différencier l'obligation du devoir, certains auteurs ont invoqué une différence de « *structure* ». Ce terme renvoie à l'idée d'une distinction fondée sur les personnes qui sont liées par une obligation ou un devoir. Il s'agira, dans le cadre d'une obligation, du débiteur et du créancier. Les notions de sujets passifs et actifs seront préférées en présence d'un devoir, afin d'éviter toute confusion. Ce critère de la structure découle du constat selon lequel l'obligation est toujours structurée de la même manière, avec un débiteur et un créancier, à la différence du devoir dont les protagonistes sont plus divers, avec un sujet passif, mais sans qu'il soit possible, dans certains cas, de déterminer un sujet actif précis. Ainsi, la libération et la reconstitution du capital supposant une action de l'associé débiteur envers la société créancière,

doivent être qualifiées d'obligation au regard de ce critère. Cependant, cet élément de distinction n'est pas toujours déterminant, car le devoir peut également être constitué de deux protagonistes (A). De même, il convient d'écarter les critères de la morale et de la précision de la prestation qui ne suffisent pas à établir la distinction (B).

A) L'existence d'un débiteur et d'un créancier : un critère non discriminant

606. Le critère de la structure, soit l'existence d'un débiteur et d'un créancier, apporte une première réponse sur la distinction entre devoir et obligation et donne une indication de la nature de la charge pesant sur l'associé.

Le droit des entreprises en difficulté impose à l'associé de participer financièrement au sauvetage de l'entreprise. Il rappelle tout d'abord à l'associé qu'il est débiteur de l'apport qu'il a souscrit¹⁷³⁴ et qu'il doit, sous certaines conditions, reconstituer les capitaux propres si ceux-ci sont devenus inférieurs à la moitié du capital social¹⁷³⁵ (1). La société sera considérée comme créancière de l'associé dans ces situations, et certains attributs d'une obligation seraient ainsi constatés. Néanmoins, ce critère n'est pas suffisant pour distinguer l'obligation du devoir, dans la mesure où le devoir peut aussi être composé d'un sujet actif et d'un sujet passif (2).

1 - L'associé comme débiteur de l'obligation de libération et de reconstitution

607. La qualité d'associé implique deux obligations, l'obligation de libérer l'apport et celle de reconstituer les capitaux propres lorsqu'ils deviennent inférieurs à la moitié du capital social. Ces obligations demeurent actives lorsque la société est en difficulté. Il convient alors de préciser que l'associé est bien le débiteur de cette obligation, et non dans ce cas un créancier de la société.

608. L'étymologie du terme *obligation*. Depuis le droit romain, on définit l'obligation comme un lien de droit¹⁷³⁶. Le terme d'obligation nous vient du latin « *ob* » et « *legare* », traduisant la volonté de relier, de nouer ou d'attacher¹⁷³⁷. Ce sont véritablement des

¹⁷³⁴ C. Com. Art. L. 624-20.

¹⁷³⁵ C. Com. Art. L. 626-3 et C. Com. Art. L. 631-9.

¹⁷³⁶ Sur ce lien de droit : GHESTIN (J.), BILIAU (M.), LOISEAU (G.), *Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., 2005, p. 2, n°4 ; *Contra* : JEULAND (E.), « L'énigme du lien de droit », RTD Civ., 2003., 455.

¹⁷³⁷ GAUDEMET (J.), *Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'obligation dans le droit de la Rome antique*, Archives Phil. Dr. 2000., p. 27.

chaînes qui matérialisèrent la première forme de l'obligation : « *Avant d'être obligé, le débiteur est un enchaîné* »¹⁷³⁸. Le débiteur défaillant était mis à la disposition de son créancier qui pouvait ordonner sa mise à mort ou le réduire en esclavage. Désormais, ce lien n'est plus qu'un lien juridique, « *vinculum juris* »¹⁷³⁹, mais le débiteur reste lié par l'exécution de ce qu'il doit à son créancier¹⁷⁴⁰. L'étymologie de la notion d'obligation est une référence claire à cette contrainte¹⁷⁴¹. Désormais, l'obligation se traduit par les verbes « *contraindre, forcer à* »¹⁷⁴². Contrainte qui implique donc nécessairement deux ou plusieurs personnes. Cette idée est notamment exprimée à l'article L. 2284 qui dispose que « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* » et à l'article L. 2285 du Code civil qui dispose que « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* ».

609. L'exigence d'un débiteur et d'un créancier. L'obligation ne peut s'exercer que s'il y a une rencontre de plusieurs volontés. L'obligation serait donc caractérisée par la présence d'un débiteur et d'un créancier¹⁷⁴³. Ce dernier peut être une personne physique ou morale détenant un titre de créance sur un débiteur. Il peut recourir à des mesures coercitives à l'encontre du ou de ses débiteurs, que l'obligation soit légale ou contractuelle¹⁷⁴⁴. Pour qualifier une obligation, il faut donc « *un lien de droit, ce qui implique la sanction étatique, et qu'il lie spécialement une personne à une autre, ce qui postule l'existence d'un créancier déterminé* »¹⁷⁴⁵. L'obligation

¹⁷³⁸ GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, p. 26.

¹⁷³⁹ Les « *vinculi* » étant également les chaînes ou les fers permettant de retenir un prisonnier : FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, T. 1, coll. Thémis Droit, PUF, Paris, 5^{ème} éd. 2019, n°1, p. 1 ; V. également : REMPELBERG (R.-M.), « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », *Arch. Phil. Dr.*, 2000, 67 ; GAUDEMET (J.), *Naissance d'une notion juridique, les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique*, *Archives Phil. Dr.* 2000, p. 29.

¹⁷⁴⁰ Le professeur Ancel considère toutefois que c'est le contrat qui va contraindre le débiteur à exécuter son obligation. Le créancier ayant alors le droit à l'exécution de son contrat. En effet, la force obligatoire du contrat découle de l'article 1134 du Code civil, devenu 1103 du Code civil, qui dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Il distingue alors le contrat du rapport obligationnel. Si le contrat n'a pas la même force qu'une loi, puisque c'est elle qui autorise le contrat à générer des règles juridiques. C'est donc l'accord de volontés qui rend obligatoire l'exécution des obligations : ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, p. 771.

¹⁷⁴¹ En effet, l'origine du mot obligation se compose du préfixe « *ob* » (devant, pour, à cause de, en échange de) et du verbe « *legare* » (attacher, lier).

¹⁷⁴² FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, T. 1, coll. Thémis Droit, PUF, Paris, 5^{ème} éd. 2019, n°1, p. 1.

¹⁷⁴³ « *Dans ce sens général, il n'y a pas d'obligation au sens juridique du terme, faute de lien de droit entre deux personnes* » : DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et Quasi contrat*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2016, n°18, p. 18 ; V. également en ce sens : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°1, p. 1 ; YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*, 1968, éd. Universitaires Fribourg Suisse ; BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Domat, L.G.D.J., 18^{ème} éd. 2019, n°2, p. 18 ; SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n°9, p. 13.

¹⁷⁴⁴ LIKILIMBA (G.-A.), *La fidélité en droit privé*, th. Aix Marseille, PUAM, 2003, n°14, p. 26.

¹⁷⁴⁵ CARBONNIER (J.), *Droit civil, vol. 2, Les biens, les obligations*, 2004, Quadriga, PUF, n°922, p. 1917.

présente toujours cette opposition entre la dette du débiteur et la créance du créancier¹⁷⁴⁶. Elle a un caractère bipolaire¹⁷⁴⁷. Une obligation nécessite ainsi au moins deux personnes : un débiteur et un créancier¹⁷⁴⁸. En l'absence d'un des sujets déterminés, l'obligation ne peut être constituée. Dans le cadre de l'obligation de libération d'un apport en numéraire, l'associé débiteur s'engage par sa qualité d'associé à verser une somme d'argent à la société créancière¹⁷⁴⁹. Si l'on se réfère donc au critère de la structure, le versement du solde restant de l'apport souscrit lors de l'ouverture d'une procédure collective serait une obligation.

610. L'associé débiteur de la société. En droit des sociétés, l'article 1843-3 alinéa 1 du Code civil consacre cette idée d'obligation, il dispose que : « *Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ». Si on prend le texte littéralement, on note que l'associé est qualifié de « *débiteur* ». Dans le vocabulaire juridique, le débiteur est « *celui qui doit quelque chose à quelqu'un ; sujet passif de l'obligation ; celui qui est tenu d'une dette, obligé, engagé – qu'il s'agisse d'une obligation en nature ou d'une obligation de somme d'argent (...)* »¹⁷⁵⁰. Si l'associé est qualifié de « *débiteur* » par le législateur il a conséquemment une obligation de libération de l'apport. Si le doute devait subsister, la nature d'obligation de la libération de l'apport est confirmée par le dernier alinéa de l'article L. 1843-3 du Code civil qui évoque l'existence d'une obligation à propos des apporteurs en industrie : « *l'associé qui s'est **obligé** à apporter son industrie à la société* ».

611. Le rejet de l'associé créancier de la société. On pourrait pourtant remettre en question cette idée d'associé débiteur et qualifier l'apport de prêt ce qui induirait que l'associé serait un créancier. En effet, d'un point de vue comptable, le capital social est d'ailleurs inscrit au passif du bilan de la société¹⁷⁵¹, ce qui suppose une dette de la personne morale envers les associés¹⁷⁵² et non l'inverse. « *L'associé a un droit virtuel à une part de l'universalité des biens et des charges, posés sur la tête de la société dont il fait partie* »¹⁷⁵³. Tout dépend, dans le cadre d'une entreprise en difficulté, de l'issue de la procédure. Cela signifierait également, si l'on se positionne au

¹⁷⁴⁶ FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°11, p. 10 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, coll. Thémis Droit, PUF, Paris, 6^{ème} éd. 2019, n°2, p. 2 ; Dans le même sens : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°11, p. 37.

¹⁷⁴⁷ OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009.

¹⁷⁴⁸ « *Dans ce sens général, il n'y a pas d'obligation au sens juridique du terme, faute de lien de droit entre deux personnes* » : DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et Quasi contrat*, LexisNexis, 7^{ème} éd. 2016, n°3, p. 1.

¹⁷⁴⁹ C. Com. Art. L. 1843-3, al. 1.

¹⁷⁵⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 295, V. *débiteur*.

¹⁷⁵¹ Le capital social correspond au compte n°101.

¹⁷⁵² MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, éd. LexisNexis, 2010, n°7, p. 4.

¹⁷⁵³ SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n°94, p. 126.

regard du droit des entreprises en difficulté, que l'associé serait titulaire d'une créance antérieure, car la naissance de l'obligation est intervenue avant le jugement d'ouverture¹⁷⁵⁴. Le fait générateur est la naissance de l'obligation, qui correspond en l'espèce au contrat de société. Même si sa créance devient exigible et qu'il ne libère son apport qu'après le jugement d'ouverture, l'associé n'aurait qu'une créance antérieure sur la société.

Mais cette vision de l'obligation d'apport, avec pour créancier l'associé, n'est pas celle retenue par le droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté écarte par plusieurs dispositions cette hypothèse d'associé créancier de l'obligation d'apport.

Plusieurs dispositions écartent l'associé apporteur du champ d'application de certaines dispositions réservées aux créanciers. L'associé faisant l'apport de fonds propres ne peut ainsi, ni bénéficier du privilège de sauvegarde et de redressement¹⁷⁵⁵, ni bénéficier du privilège de new money¹⁷⁵⁶.

En réponse à l'état d'urgence lié à la crise de la Covid-19, un nouveau privilège dit de « *post money* »¹⁷⁵⁷, applicable en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, a fait son apparition dans l'article 5, IV, de l'ordonnance 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19¹⁷⁵⁸. Même si cette mesure s'inscrit dans un contexte particulier, on peut penser qu'elle sera pérennisée.

Ce privilège bénéficie aux investisseurs faisant un apport de trésorerie, lesquels bénéficient en échange d'un rang privilégié par rapport aux autres créanciers lors du paiement de leur créance. L'article précise que le privilège n'est applicable qu'aux apporteurs de trésorerie, excluant

¹⁷⁵⁴ GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., préface de OPHELE (C.), 2006, p. 67.

¹⁷⁵⁵ Ord. N°2020-596, 20 mai 2020, NOR : art. 5, IV : JO, 21 mai 2020 : « *Les personnes qui consentent un nouvel apport de trésorerie au débiteur pendant la période d'observation définie par l'article L. 621-3 du même code en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité et celles qui s'engagent, pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté ou modifié par le tribunal conformément aux dispositions des titres II et III du Livre VI du code de commerce, à effectuer un tel apport bénéficient du privilège de sauvegarde ou de redressement dans la limite de cet apport* ».

¹⁷⁵⁶ C. Com. Art. L. 611-11, al. 2 : « *Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital* ».

¹⁷⁵⁷ Un auteur considère qu'il s'agit de deux privilèges, le privilège de sauvegarde et le privilège de redressement : OLLU (G.), « La promotion du financement des entreprises en difficulté par la création des privilèges de post money », LEDEN, juin 2020, n°06, p. 3.

¹⁷⁵⁸ Ord. N°2020-596, 20 mai 2020, NOR : art. 5, IV : JO, 21 mai 2020 : « *Les personnes qui consentent un nouvel apport de trésorerie au débiteur pendant la période d'observation définie par l'article L. 621-3 du même code en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité et celles qui s'engagent, pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté ou modifié par le tribunal conformément aux dispositions des titres II et III du Livre VI du code de commerce, à effectuer un tel apport bénéficient du privilège de sauvegarde ou de redressement dans la limite de cet apport* ».

l'associé faisant un apport lors d'une augmentation de capital¹⁷⁵⁹. En effet, l'article dispose que les apports consentis par les associés « *dans le cadre d'une augmentation de capital ne peuvent être garantis par le privilège de sauvegarde ou de redressement* ». Le législateur fait ainsi la distinction entre les créanciers faisant un apport en trésorerie et l'associé faisant un apport de fonds propres.

Difficile alors de considérer l'associé comme un simple créancier.

De plus, l'article L. 611-11 alinéa 2 du Code de commerce fait bénéficier certains créanciers du privilège de *new money*. Lorsque l'entreprise est sous le coup d'une procédure de conciliation, l'avance d'argents consenties à la société permet à son titulaire de bénéficier d'un privilège pour le remboursement de sa créance, privilège dit de *new money*¹⁷⁶⁰. Il permet d'être payé en priorité après le super-privilège des salariés et les frais de justice¹⁷⁶¹.

Cependant le législateur¹⁷⁶² et la doctrine¹⁷⁶³ refusent de conférer ce privilège aux apporteurs en capital. En effet, les apports faits dans le cadre d'une augmentation de capital sont exclus de ce privilège, alors que les associés créanciers d'avances en compte courant peuvent en bénéficier¹⁷⁶⁴. Cela supposerait donc qu'au titre des apports les associés ne sont pas des créanciers de la personne morale¹⁷⁶⁵.

Un tiers investisseur prendra donc le risque d'investir dans une entreprise en difficulté sans pour autant obtenir de privilège en contrepartie. Cette absence de sécurité sur l'investissement dissuadera certains repreneurs, qui préféreront d'autres outils de financement, tel que l'avance en compte courant ou le prêt obligataire¹⁷⁶⁶. Le droit des entreprises en difficulté qui prévoit

¹⁷⁵⁹ OLLU (G.), « La promotion du financement des entreprises en difficulté par la création des privilèges de post money », LEDEN, juin 2020, n°06, p. 3.

¹⁷⁶⁰ C. Com. Art. L. 611-11.

¹⁷⁶¹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., Domat droit privé, 12^{ème} éd. 2020, n°384, p. 223.

¹⁷⁶² C. Com. Art. L. 611-11, al. 2 : « Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital ». V. sur l'exclusion du privilège de conciliation pour les apports consentis lors d'une augmentation de capital : Interv. PERBEN (D.), JO, déb. Ass. Nat., 2^e séance du 3 mars 2005, p. 1629.

¹⁷⁶³ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les privilèges de la procédure », *LPA*, 14 juin 2007, p. 70, n°119 ; LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROEHLICH (P.), LUCAS (F.-X.), « La loi de sauvegarde article par article », *LPA*, 8 févr. 2006, n°28, p. 4 ; REYGROBELLET (A.), « Bref propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant la loi de sauvegarde », *LPA*, 17 févr. 2006, p. 58, n°35 ; MACORIG-VENIER (F.), « Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », *RTD Com.*, 2005, p. 829 ; LE CORRE (P.-M.), « Le privilège de la conciliation », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, n°251, p. 50.

Pour la doctrine contre : CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305 ; VALLANSAN (J.), « propos introductifs à la loi de sauvegarde des entreprises », *Act. Proc. Coll.*, 2005, comm. n°166.

¹⁷⁶⁴ PEROCHON, BONHOMME, *Entreprise en difficulté, Instrument de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2009, n°113, p. 87. De même les associés participant à une augmentation de capital ne pourront bénéficier du privilège de l'article L. 622-17 du Code commerce.

¹⁷⁶⁵ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°306, p. 261.

¹⁷⁶⁶ Éligible au privilège de conciliation de l'article L. 611-11 du Code de commerce.

nombre de dispositions destinées à encourager les augmentations de capital s'est privé là d'un outil efficace.

Tout au plus est-il possible de voir, dans cette volonté du législateur, l'idée que l'implication de l'associé serait incompatible avec un tel privilège accordé aux anciens associés. L'associé est sollicité par les dernières réformes pour faire de nouveaux efforts financiers envers la société en difficulté. Si l'associé ancien bénéficiait de ce privilège, il pourrait différer son apport au-delà de l'ouverture d'une procédure collective. Dans cette configuration, l'associé ancien serait désintéressé prioritairement sur les créanciers¹⁷⁶⁷.

Toutefois, est-il légitime que les nouveaux apporteurs soient classés au même rang que ceux qui ont assumé la direction de l'entreprise mise en échec ? L'apporteur nouveau en capital ne devrait-il pas disposer d'un rang privilégié ? Monsieur Couturier considère d'ailleurs que l'article L. 611-1 du Code de commerce n'exclut pas les tiers investisseurs qui consentent un apport en capital au privilège de conciliation¹⁷⁶⁸. Selon lui, l'application de cet avantage serait simplement refusée aux associés déjà membres. En réalité, l'inapplication de ce texte aux nouveaux apporteurs a pour origine la nature même de l'apport, qui donne à l'associé la qualité de créancier hypo chirographaire. L'apporteur reçoit la qualité d'associé et s'engage ainsi à partager les bénéfices et à contribuer aux pertes¹⁷⁶⁹. La mise en place d'un privilège pour ces apporteurs serait en contradiction avec les obligations essentielles de l'associé.

On peut ainsi avancer que si on leur enlève ce privilège c'est uniquement en raison du rang « *super-subordonné* » de leur créance sur la société¹⁷⁷⁰. L'associé ayant, selon l'article 1832 du Code civil, une obligation de contribuer aux pertes. Cette privation du privilège de *New money* découle de cette obligation de contribuer aux pertes¹⁷⁷¹, elle ne semble donc pas remettre en cause la qualité de créancier de l'associé. Même si l'opportunité de ce critère doit toutefois être discutée¹⁷⁷².

En effet, un autre texte vient écarter l'hypothèse de l'associé créancier. Lors d'une procédure collective, toutes les créances doivent être déclarées¹⁷⁷³. Or, les associés n'ont pas à déclarer

¹⁷⁶⁷ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les privilèges de la procédure », *LPA*, 14 juin 2007, n°119, p. 70.

¹⁷⁶⁸ COUTURIER (G). *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de HAEL (J.-P.), 2013, n°405, p. 229.

¹⁷⁶⁹ C. Com. Art. L. 1832.

¹⁷⁷⁰ C. Com. Art. L. 1832.

¹⁷⁷¹ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°44, p. 52.

¹⁷⁷² JACQUEMONT (A.), « La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers », *Rev. Proc. Coll.*, 2004, p. 290, n°16.

¹⁷⁷³ C. Com. Art. L. 622-24.

leur hypothétique « *créance d'apport* » à la procédure de la société¹⁷⁷⁴. L'apport ne semble donc pas être considéré comme une créance de l'associé en droit des procédures collectives.

Est-ce qu'il faut pour autant écarter l'hypothèse que l'associé est un créancier de la société ? Une réponse négative s'impose. De même que pour le privilège de New money, la « *super-subordination* » de la créance d'apport demeure encore une raison séduisante pour justifier l'absence de devoir de déclaration de leur créance, car cette déclaration de l'associé à la procédure serait dénuée d'intérêt¹⁷⁷⁵. Cependant, cette absence de devoir de déclaration n'est pas mentionnée par l'article L. 622-24 du Code de commerce, qui précise pourtant que toutes les créances doivent être déclarées, et prend le soin de préciser que seuls les salariés ne sont pas tenus par ce devoir, sans mentionner les associés. Ainsi le législateur n'a pas oublié l'associé mais a volontairement écarté celui-ci de ce devoir. La situation inverse n'aurait pourtant pas été choquante d'un point de vue juridique.

D'ailleurs, l'associé doit toutefois déclarer sa créance sur une distribution de bénéfice qui a été décidée mais qui n'a pas encore été réalisée avant l'ouverture de la procédure collective¹⁷⁷⁶. L'associé est donc parfois considéré comme un créancier de la société, et ce malgré l'ouverture de la procédure collective

Malgré ces hypothèses, en droit des entreprises en difficulté comme en droit des sociétés, l'associé est considéré comme un débiteur de la société dans le cadre de son obligation de réaliser un apport¹⁷⁷⁷.

612. Une obligation de donner. Il convient alors de s'interroger sur la nature de cette obligation. Selon l'article L. 624-20 du Code de commerce : « *le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social* ». Il convient donc d'exclure l'apport en industrie et l'apport en nature de cette étude. L'apport en industrie n'étant pas comptabilisé dans le capital social et les apports en nature sont immédiatement libérés. L'article L. 624-20 du Code de commerce ne concerne donc que les apports en numéraire¹⁷⁷⁸. Pour la reconstitution des capitaux propres prévue à l'article L. 626-3 du Code de commerce, elle ne

¹⁷⁷⁴ CERATI-GAUTHIER (C.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°46, p. 53.

¹⁷⁷⁵ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. 2011, Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°306, p. 261.

¹⁷⁷⁶ CERATI-GAUTHIER (C.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°50, p. 56.

¹⁷⁷⁷ CERATI-GAUTHIER (C.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°105 et s.

¹⁷⁷⁸ MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°92, p. 49.

peut être faite par l'attribution d'apport en industrie. Cette dernière disposition ne vise donc que les apports en numéraire ou en nature.

La libération de l'apport en numéraire correspond plus exactement à une obligation de donner¹⁷⁷⁹. L'associé a en effet une obligation de transférer la somme d'argent promise¹⁷⁸⁰. Ce montant peut ne pas être immédiatement transféré. En cas de retard de l'associé débiteur, des intérêts pourront être décomptés à compter du jour où il devait verser l'argent, « *sans préjudice de plus amples dommages et intérêts* »¹⁷⁸¹.

L'apport en nature est également une obligation de donner qui correspond à un transfert de propriété d'un bien autre que monétaire¹⁷⁸². L'apporteur est garant « *comme un vendeur envers son acheteur* », il est tenu des garanties d'éviction ou des vices cachés, et doit conserver la chose jusqu'à ce que la société en soit la propriétaire.

613. La poursuite de l'associé défaillant. Enfin, l'obligation suppose également un lien de droit, et donc un élément de contrainte¹⁷⁸³. Ainsi, l'obligation qui n'est pas volontairement exécutée pourra donner lieu à une exécution forcée¹⁷⁸⁴. Ce lien de droit est un élément caractéristique de l'obligation qui implique une sanction étatique¹⁷⁸⁵. Cette possibilité de sanctionner juridiquement le défaut d'exécution fait partie des éléments caractéristiques de l'obligation. C'est ce qui va distinguer l'obligation juridique de l'obligation morale. L'exécution peut le cas échéant être mise en œuvre avec le concours de la force publique. Elle se distingue de l'obligation naturelle et de tous les devoirs appartenant aux autres ordres, tels que les devoirs moraux, religieux ou sociaux. En ce sens, il est notable que le droit des entreprises en difficulté ne prévoit aucune sanction à la non-libération de l'apport ou à la non reconstitution du capital.

¹⁷⁷⁹ En ce sens : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Paris II, éd. Panthéon Assas, préface GERMAIN (M.), 2011, n°60, p. 72.

¹⁷⁸⁰ Le professeur Fabre-Magnan a essayé de démontrer « le mythe de l'obligation de donner » (FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », RTD Civ., 1995, nos°85 et s.). Le transfert de propriété ne serait que l'effet du contrat. L'auteur suppose comme le professeur Ancel que ce n'est pas une prétendue « obligation de donner » qui va contraindre le débiteur à exécuter le transfert de propriété, mais la force obligatoire du contrat. Selon cette théorie de l'effet obligatoire du contrat, ce serait donc le contrat de société qui obligerait l'associé à libérer son apport et non une obligation de donner.

¹⁷⁸¹ C. Civ. Art. 1843-3, al. 5.

¹⁷⁸² BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Paris II, Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°61, p. 73. Sur cette qualification de bien, voir également : MERLE (P.), FAUCHON (A.) (Collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, coll. Précis Dalloz Droit privé, Dalloz, 24^{ème} éd. 2020-2021, nos° 41 et s., p. 56 et s.

¹⁷⁸³ C. Civ. Art. 1341.

¹⁷⁸⁴ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°117, p. 55.

¹⁷⁸⁵ CARBONNIER (J.), *Théorie des obligations*, 1963, Thémis, Puf.

Il faut donc faire application du droit commun des sociétés, qui prévoit plusieurs dispositions afin de contraindre, voire d'évincer l'associé défaillant¹⁷⁸⁶.

614. Par voie de conséquence, l'obligation suppose la présence de deux personnalités juridiques et d'une possibilité de poursuite en justice du débiteur défaillant. Sur cette seconde condition, il est notable que même si le droit des entreprises en difficulté ne prévoit aucune sanction, le droit des sociétés et la jurisprudence viennent enjoindre l'associé de respecter ses obligations. Quant à la structure de l'obligation, l'associé est donc débiteur d'une obligation de donner dans le cadre de la libération et de la reconstitution du capital qui peuvent lui être imposées en droit des procédures collectives. Cette obligation de donner, suppose un transfert de propriété de l'associé vers un créancier. Néanmoins, pour que l'obligation soit caractérisée, il faut pouvoir déterminer qui est le créancier de ces obligations.

2 - La société comme créancière de l'obligation de libération et de reconstitution

615. Le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise impose à l'associé de venir en aide à l'entreprise en difficulté. Néanmoins, il s'agira plus exactement pour l'associé de tenir ses obligations envers la société.

616. L'exigence d'un créancier déterminé. Le Doyen Carbonnier utilise les termes de « *personnes déterminées* » pour qualifier la structure de l'obligation¹⁷⁸⁷. Son analyse est partagée par le professeur Savatier qui précise qu'une créance est un rapport positif entre un débiteur et un créancier, tandis que l'obligation serait le rapport négatif si on l'envisage du côté du débiteur¹⁷⁸⁸. Dans le même sens, le professeur Savatier vient définir l'obligation comme : « *La charge qui astreint une ou plusieurs personnes déterminées à fournir un bien à une ou plusieurs autres personnes déterminées* »¹⁷⁸⁹. Enfin, le professeur Chazal vient confirmer cette condition de qualification de l'obligation, en définissant l'obligation comme une prestation « *au bénéfice d'une personne déterminée, le créancier* »¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁶ Cf. *Infra*. n°684.

¹⁷⁸⁷ CARBONNIER (J.), *Droit civil, vol. 2, Les biens, les obligations*, Quadrige, PUF, 2004, n°922, p. 1917.

¹⁷⁸⁸ L'auteur remarque qu'à la différence des juristes, les économistes parlent eux du droit de créance, alors que les juristes préfèrent la notion d'obligation : SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n°9, p. 13.

¹⁷⁸⁹ SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n°9, p. 13.

¹⁷⁹⁰ CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104.

617. L'hypothèse de l'entreprise créancière. L'entreprise peut-elle être considérée comme créancière de cette obligation ? Car même si la société est bénéficiaire de l'apport, la finalité de ces mesures dépasse le cadre de la personne morale. En effet l'exigibilité de la dette d'apport lors du jugement d'ouverture rentre dans un schéma plus large de sauvegarde de l'entreprise, puisque l'objectif premier de cette disposition étant d'assurer la continuité de l'activité, au-delà de la contribution aux pertes. Cette idée est clairement exprimée par monsieur Gaillard dans sa thèse, qui a écrit à propos de l'entreprise que : « *Les intérêts des apporteurs de capitaux, du personnel salarié et du chef d'entreprise se fondent dans l'intérêt de l'entreprise qui les transcende tous en une harmonieuse synthèse* »¹⁷⁹¹. Carbonnier et Savatier mentionnaient la présence de deux personnes déterminées pour caractériser l'obligation. Il convient de compléter cette définition, précisant qu'il ne s'agit pas seulement de personnes, mais de personnes ayant la personnalité juridique. Pour être qualifiés de débiteur et de créancier d'une obligation : « *ils doivent être juridiquement des personnes. Ainsi, l'entreprise, en simple qualité, n'est ni créancière, ni débitrice* »¹⁷⁹². De la même façon une société non immatriculée ou en participation ne peut avoir la qualité de débiteur ou de créancier d'une obligation. Il est vrai que « *l'entreprise n'a pas de statut juridique et qu'elle ne peut vivre que par la complicité de la société et dans son ombre* »¹⁷⁹³. Il faut donc en conclure que l'idée de l'entreprise comme créancière de ces obligations doit céder sa place à la société immatriculée.

Pourtant, même si c'est bien la société qui est créancière de ces obligations, d'autres personnes sont visées à travers elle. Le choix du terme de devoir ne serait-il pas si injustifié ? L'objectif de ces mesures de libération et de reconstitution est en effet de préserver la société, mais à travers sa sauvegarde on préserve surtout les principaux destinataires de ces mesures qui sont : l'entreprise, les salariés, les créanciers, voire de manière générale : l'économie. L'article L. 631-19-2 du Code de commerce fait d'ailleurs explicitement mention comme condition de la mesure d'augmentation forcée du capital ou de cession forcée, à la possibilité d'un « *trouble grave à l'économie nationale ou régionale* ». La qualité d'associé ne confère-t-elle pas le devoir de prêter

¹⁷⁹¹ GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, th., Economica, préface de CORNU (G.), 1985, n°261, p. 172. V. également sur cette conception générale de l'entreprise : PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, th. Sirey. 1967.

¹⁷⁹² « *L'entreprise, en effet, au sens que le droit économique donne à ce mot, n'a pas, juridiquement, de personnalité morale. En droit, ses biens appartiennent soit à une personne physique : le propriétaire du capital de cette entreprise, soit à une personne morale, la société qui incarne l'entreprise. Mais le propriétaire de l'entreprise, personne physique ou société, peut avoir d'autres biens, et mêmes d'autres entreprises* » : SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n°14, p. 18 ; Sur l'absence de personnalité juridique de l'entreprise : V. également : MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°13, p. 15.

¹⁷⁹³ PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey 1967, p. 6.

attention à l'économie nationale ou régionale ?

Ce devoir de l'associé envers tous, se traduirait donc par un devoir général¹⁷⁹⁴, dans la mesure où aucun rapport juridique n'existe entre l'associé et les tiers¹⁷⁹⁵. Ainsi, l'hypothèse d'un devoir de secours ne semble pas inappropriée, car si l'associé est bien le débiteur de ces obligations, les personnes visées par ces textes sont autres que la personne morale, qui ne correspond qu'à une mise en commun des biens de l'associé¹⁷⁹⁶. En ce sens, le droit des entreprises en difficulté n'a-t-il pas pour finalité de préserver l'entreprise, les salariés et les créanciers, plus que la personne morale¹⁷⁹⁷. Il n'est nullement fait mention de la société, personne morale. Cette responsabilité de l'associé impliquerait la protection d'une multitude de personnes, sans que l'on puisse déterminer un créancier déterminé, ce qui caractériserait un devoir général.

618. La société créancière de l'obligation. Néanmoins, malgré la possible présence d'un devoir de secours, il semble plus pertinent de retenir la société comme créancière de ces obligations, dans la mesure où elle est la première visée par ces obligations. On ne peut nier la personnalité juridique de la société.

Ce devoir, bien que présent se superposerait aux obligations de l'associé envers la société créancière, car c'est envers elle que s'exercent ses droits¹⁷⁹⁸. Il faut que la société ait la personnalité morale et donc qu'elle soit immatriculée. C'est la création de la société qui fait naître des obligations et notamment permettre à l'associé de ne pas être tenu de l'intégralité du passif dans le cadre d'une société à responsabilité limitée. Sans personne morale, les associés ne semblent avoir des obligations qu'entre eux, ou à l'égard des tiers dès lors qu'ils ont pris des engagements vis-à-vis d'eux¹⁷⁹⁹. La création de la personne morale va entraîner la naissance de plusieurs obligations envers la société comme la libération du capital ou l'obligation de contribuer aux pertes, qui se matérialise par la reconstitution des capitaux propres lorsqu'ils deviennent inférieurs à la moitié du capital social.

Dans le cadre d'une procédure collective et des situations visées par les articles L. 624-20 et L. 626-3 du Code de commerce, cette condition de personnalité juridique est nécessairement

¹⁷⁹⁴ Cf. *Infra*. n°701.

¹⁷⁹⁵ FIORINA (D.), *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, th. Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1984, n°7, p. 10.

¹⁷⁹⁶ C. Civ. Art. 1832.

¹⁷⁹⁷ V. Notamment à propos de la procédure de sauvegarde : C. Com. Art. 620-1 : « Cette procédure 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 ».

¹⁷⁹⁸ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. 2011, Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), n°30, p. 51.

¹⁷⁹⁹ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, 1999, Coll. Droit des affaires, Economica, n°5, p. 6.

remplie, la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire étant réservées aux structures dotées de la personnalité juridique¹⁸⁰⁰, ce qui exclut la société en participation¹⁸⁰¹, la société en formation¹⁸⁰² ou encore la société créée de fait¹⁸⁰³. Si l'on se réfère aux article L. 620-2 du Code de commerce pour la sauvegarde, L. 631-2 pour la procédure de redressement judiciaire et L. 640-2 du Code de commerce pour la liquidation judiciaire, toute personne morale de droit privé peut se voir appliquer un traitement de ses difficultés si elle possède la personnalité juridique. Seules les personnes morales immatriculées ont un patrimoine, avec un actif et un passif susceptible de faire l'objet d'une liquidation¹⁸⁰⁴. Si toute société en procédure collective dispose de la personnalité morale, l'obligation à l'origine de ces contraintes, semble avérée dès lors que la société peut être déterminée et donc créancière de ces obligations de l'associé.

Il reste à démontrer que c'est bien la société qui est créancière. Si l'on se réfère à l'article 1843-3 du Code civil, c'est bien « *envers la société* » que chaque associé est débiteur de son apport. L'article précise également que chaque associé est débiteur « *de ce qu'il a promis de lui apporter* ». La Cour de cassation a également pu se prononcer sur cette question à l'occasion d'une question sur l'apport en capital non libéré et son incidence sur la cessation des paiements¹⁸⁰⁵. Selon l'arrêt, « *Mais attendu que le capital social non libéré est une créance de la société contre ses associés* ». Les juges en déduisent que le capital social est un actif, même s'il n'est pas un actif disponible ou une réserve de crédit au sens de l'article L. 631-1 du Code de commerce¹⁸⁰⁶.

¹⁸⁰⁰ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*, Repert. Dr. Soc., avril 2018, n°32.

¹⁸⁰¹ C. Civ. Art. 1871. Sur le fait qu'un redressement judiciaire ne peut être prononcé à l'encontre des sociétés en participation : DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire : Personnes morales et dirigeants*, Repert. Dr. Soc., Avr. 2018, n°35.

¹⁸⁰² Cass. Com., 15 janv. 1991, n°89-18.400, *Bull. Joly*, 1991, p. 394, note CALENDINI (J.-M.) ; Cass. Com., 2 mai 1989, RTD Com., 1990, p. 100, obs. MERLE (P.).

¹⁸⁰³ Cass. Com., 27 avr. 1993, n°91-14.882, *Bull. Joly*, 1993, p. 776, note LE NABASQUE (H.) ; *RJDA*, 1993, n°833 ; *Dr. Sociétés*, 1993, n°135, obs. BONNEAU (T.) ; Cass. com., 16 déc. 1975, *D.* 1978, 292, note TEMPLE (H.) ; 25 févr. 1986, *Bull. Civ.*, IV, n° 32 ; Cass. Com., 7 oct. 1986, *Bull. Joly*, 1987.32 ; 9 janv. 1990, *JCP* 1990. IV. 94. V. DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*, avril 2018, Repert. Dr. Soc., n°39.

¹⁸⁰⁴ Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, art 2 ; V. Sur les procédures collectives applicables aux personnes morales dotées de la personnalité juridique : DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personne morales et dirigeants)*, Repert. Dr. Soc., avril 2018, n°32 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, nos°422 et s., p. 258 et s.

¹⁸⁰⁵ Cass. Com., 23 avr. 2013, n°12-18.453, *BJE*, n°4, 1 juill. 2013, note BORGA (N.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1 sept. 2013, n°5, p. 25, note SAINTOURENS (B.) ; *Lexbase Hebdo*, éd. Aff., 5 juin 2013, 341, note LEBEL (C.) ; *BJS*, 1 juin 2013, 6, p. 414, note MOUIAL-BASSILANA (E.).

¹⁸⁰⁶ Même si le capital social est plus important que le passif exigible, il ne rentre pas en compte pour établir si l'entreprise est en cessation des paiements. Pour que l'actif soit « *disponible* », il faut qu'il soit réalisable immédiatement ou à court terme (Cass. Com., 7 févr. 2012, n°11-11.347, LEDEN, avr. 2012, obs. DELATTRE (C.), n°55 ; *rev. Proc. Coll.*, juill. 2012, étude 27, note ZINTY (S.)). Or, une créance à recouvrer n'est pas un actif

En ce qui concerne la libération pour les associés membres d'un groupe de sociétés, la libération doit être faite au sein de la société où l'actionnaire a positionné sa participation au capital. Cette solution découle du principe d'autonomie des personnes morales. Même si la société fait l'objet d'une extension de procédure. Chaque associé libère son apport dans la société où il a des parts ou actions. Puis l'extension de procédure confondra les différents patrimoines. Leur société sera toujours créancière malgré l'extension de la procédure.

619. Le rejet de l'associé créancier d'un autre associé. Un auteur déduit de cet article 1843-3 du Code civil, qui dispose que « *Chaque associé est débiteur envers la société* », que c'est envers l'autre, ou les autres associés que l'apporteur s'engage à apporter ses biens ou son industrie¹⁸⁰⁷. La société ne pourrait ainsi être contractante de l'associé, mais que seuls les associés entre eux auraient des obligations¹⁸⁰⁸. En effet, selon la théorie contractuelle, la société est un contrat spécial qui vient unir les associés.

Selon monsieur Buchberger, si le créancier de l'apport n'est pas clairement identifié dans ce texte, c'est parce que les apporteurs sont aussi bien engagés envers la société qu'envers les autres associés¹⁸⁰⁹. Tout dépend du moment du transfert de propriété de l'apport. Avant l'immatriculation de la société, les associés seront donc créanciers entre eux, la société n'ayant pas de patrimoine en l'absence de personnalité juridique. Cependant, la société sera automatiquement créancière, dans la mesure où elle est obligatoirement immatriculée dès lors qu'elle est soumise à une procédure collective¹⁸¹⁰. La thèse de l'associé créancier doit alors être rejetée dans ce contexte. Ajoutons que la société peut également être unipersonnelle et ne comporter qu'un seul associé, ce qui écarte également l'idée de l'associé créancier. Conformément aux articles L. 223-1¹⁸¹¹ et L. 227-1¹⁸¹² du Code de commerce, ces sociétés peuvent être instituées par « *une ou plusieurs personnes* ». La libération de l'apport souscrit est donc une obligation de l'associé débiteur envers la société, personne morale.

620. La reconstitution du capital entre obligation et devoir. Si la libération du capital, désormais exigible dès le jugement d'ouverture, semble être considérée par le droit des entreprises en difficulté comme une obligation, la question de la reconstitution du capital paraît

disponible. Surtout que le recouvrement est incertain dans la mesure où, si l'associé est insolvable, la créance ne sera jamais recouvrée.

¹⁸⁰⁷ TREBULLE (F.-G.), *L'émission de valeurs mobilières*, th., Economica, préface de GUYON (Y.), 2002, nos°377 et s.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, nos°379 et s.

¹⁸⁰⁹ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Paris II, Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°64, p. 75.

¹⁸¹⁰ Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, art 2.

¹⁸¹¹ Relatifs à la société à responsabilité limitée.

¹⁸¹² Relatif à la société par actions simplifiée.

plus incertaine. La transmission de l'apport, propriété de l'associé, à la société est une obligation, comme démontré ci-dessus. La situation peut être un peu différente lors de la reconstitution des capitaux propres prévu par les articles L. 626-3 et L. 631-19-2 du Code de commerce. Ces mesures sont inspirées des dispositions du droit commun qui soumettent la reconstitution des capitaux propres devenus inférieurs au capital social au vote de l'assemblée. Cependant, si l'associé semble contraint de voter en faveur de la reconstitution du capital et plus exactement en faveur de l'augmentation du capital, rien ne laisse supposer à la lecture du texte, que c'est à lui qu'incombe cette obligation.

La première possibilité est donc que l'associé n'ait qu'un rôle d'intermédiaire dans la reconstitution du capital. Sa seule contribution sera de voter favorablement l'augmentation du capital corrélative à la perte des capitaux propres. Cette prérogative qu'a l'associé du choix de l'entrée d'un nouvel associé, par l'utilisation de ses droits politiques, est rattachable à un devoir, celui de prendre les décisions nécessaires à la survie de la personne morale. Ce devoir devra être assumé dans le cadre des articles L. 626-3 et l'article L. 631-19-2 du Code de commerce.

Pourtant, cette situation n'est pas celle à l'origine de la mesure, qui est destinée à favoriser les reprises externes¹⁸¹³. L'objectif de la reconstitution des capitaux propres alors que l'entreprise est en difficulté n'est pas de faire payer les dettes par un tiers, mais bien d'inciter les tiers à investir dans cette société¹⁸¹⁴.

La reconstitution des capitaux propres doit donc être classée parmi les obligations de secours de l'associé. Celui-ci devant reconstituer les capitaux propres par différents apports comptabilisés dans le capital de la société. Ce transfert de propriété de l'associé vers la personne morale suppose ainsi une obligation, même si elle comporte une nature duale, qui sera différente si l'associé était présent avant l'ouverture de la procédure ou si l'investisseur est un associé entrant.

L'obligation au sens juridique du terme, ne peut donc exister qu'entre des personnes physiques ou morales déterminées ayant la personnalité juridique¹⁸¹⁵. Dans le cadre des nouvelles mesures de libération et de reconstitution du capital issues de la réforme du 12 mars 2014 du droit des entreprises en difficulté¹⁸¹⁶, l'associé et la société sont respectivement débiteur et créancier de

¹⁸¹³ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos^o536 et s., p. 391 et s.

¹⁸¹⁴ CA Bordeaux, 2^e ch., 25 nov. 1993, *Bull. Joly*, 1994, 1345, obs. BARBIÉRI (J.F.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1995, 407, n^o8, obs. SOINNE (B.).

¹⁸¹⁵ SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n^o14, p. 18.

¹⁸¹⁶ Ordonnance n^o2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

ces obligations. Ce critère de la structure sera suffisant seulement dans certains cas, quand aucun créancier ou débiteur ne pourra être déterminé. En effet, à la différence de l'obligation, le devoir peut être imposé alors même qu'aucun créancier ne serait identifiable¹⁸¹⁷. Ce critère sera toutefois insuffisant en présence de deux personnes composant la contrainte, car le devoir peut également comprendre plusieurs personnes déterminées, comme pour les obligations naturelles¹⁸¹⁸. Le lien de droit est le critère retenu par la thèse de monsieur Hage-Chahine, qui est pourtant obligé d'admettre que certains devoirs existent entre deux sujets déterminés¹⁸¹⁹. Ce critère est donc trop *fragile*¹⁸²⁰, même si l'obligation de libération et l'obligation de reconstitution supposent la présence d'un associé débiteur et d'une société créancière titulaire de ces apports, ce qui permet déjà de pencher en faveur d'une obligation d'effectuer ces opérations sociétaires.

621. Il faudra absolument éviter de fonder la distinction de l'obligation et du devoir, sur des critères trop imprécis. Il serait ainsi inopportun d'avancer que l'obligation serait moins morale que le devoir et plus précise que celui-ci.

B) La connotation morale et la précision : des critères non discriminants

622. Pour qu'un critère puisse servir d'élément de distinction, il faut qu'il soit précis, non équivoque. Prendre pour critère de distinction une notion peu connue, voire méconnue du droit risque d'alimenter la confusion déjà présente entre l'obligation et le devoir. C'est pourquoi la morale (1) et la précision de la prestation (2) ne peuvent être prises comme critères de distinction de l'obligation et du devoir et par la même apporter une réponse à la question de l'existence d'un devoir de secours.

¹⁸¹⁷ Cf. *Infra*. n°701.

¹⁸¹⁸ ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », RTD Civ., 2011, p. 1 ; DUPEYROUX (J.-J.), « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit », in Mélanges en l'honneur de MAURY (J.), 1960, *D.*, t. 2, p. 335.

¹⁸¹⁹ HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th. Paris II, éd. Panthéon-ASSAS, 2016, nos°119 et s.

¹⁸²⁰ BEN HADJ YAHIA (S.), *La fidélité et le droit*, th., L.G.D.J., 2013, n° 141, p. 132.

1 - Le rejet du critère de la connotation morale

623. Le devoir aurait un caractère plus moral que l'obligation. Néanmoins il est impossible de quantifier le degré de moralité d'une contrainte. La moralité ne peut donc servir de critère pour distinguer l'obligation du devoir.

624. **La distinction du devoir et de l'obligation en fonction de leur connotation morale.** Il est traditionnellement enseigné que le droit s'oppose à la morale. Pourtant ce mur qui les sépare n'est pas si étanche que l'on pourrait l'admettre. En témoignent plusieurs cas, où cette notion de devoir va servir de « *pont entre les deux* »¹⁸²¹. Il ressort du devoir « *une certaine connotation morale* », laquelle serait moins importante, voire inexistante dans l'obligation¹⁸²². C'est en tout cas ce que considère une partie de la doctrine¹⁸²³.

Cette affirmation nous semble erronée, elle est de plus inopportune ne pouvant servir de critère de distinction du fait de son imprécision. Reconnaître l'absence de connotation morale dans l'obligation serait reconnaître que toute obligation est dépourvue d'éthique¹⁸²⁴ ou d'une certaine justice¹⁸²⁵. Rappelons encore que la loi peut être source d'obligation¹⁸²⁶. Avancer que l'obligation n'est pas empreinte de moralité serait donc affirmer que la loi est amoralité¹⁸²⁷. Tout au contraire, l'obligation peut même résulter de la morale¹⁸²⁸, selon la définition de l'obligation

¹⁸²¹ COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14.

¹⁸²² En ce sens : LE NABASQUE (H.), « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, n° Hors-série 2, p. 6.

¹⁸²³ Sur la question d'un devoir ou d'une obligation de loyauté. « *Tout d'abord, le terme « devoir » se conjugue mieux avec l'idée de loyauté que la notion très juridique d'obligation. En effet, la notion de « devoir » permet de teinter toute prescription d'une certaine coloration morale. Or en édictant que les obligations s'exécutent de bonne foi, le législateur a manifestement voulu donner un aspect moral à l'exécution du contrat. A titre comparatif, il a prescrit aux époux des devoirs plutôt que des obligations dans le chapitre VI du titre V du Code civil, la fidélité ou l'assistance ayant un aspect hautement moral. Il serait alors paradoxal de parler d'obligation de loyauté du contractant et de devoir de fidélité des époux* » : PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th., T. 208, L.G.D.J., 1989, p. 13. Sur la morale dans les devoirs conjugaux : OUEDRAOGO (R.), *La notion de devoir en droit de la famille*, th., Bruylant, 2014, nos^o52 et s., p. 51 et s.

¹⁸²⁴ Sur la relation du droit et de l'éthique au regard des devoirs et des obligations entre époux : OUEDRAOGO (R.), *La notion de devoir en droit de la famille*, th., Bruylant, 2014, nos^o52 et s., p. 51 et s.

¹⁸²⁵ RIPERT a évincé la distinction entre la morale et le droit, notamment dans les obligations civiles : CARBONNIER (J.), *Théorie des obligations*, Thémis, Puf, 1963, p. 54.

¹⁸²⁶ Sur la moralité et l'obligation : « *Cette idée d'une obligation fondée en justice naturelle a été reprise et développé avec une très grande ampleur dans la jurisprudence française contemporaine, pour obtenir une véritable « moralisation » du droit positif, notamment lorsqu'il s'est agi de consacrer les devoirs résultant d'une filiation naturelle, que la loi ne permettait pas de reconnaître expressément* » : ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°13, p. 100.

¹⁸²⁷ « *Enfin, la connotation morale ne semble pas l'apanage du devoir : l'obligation a vocation, avec la même force morale, à être exécutée* » : FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221., L.G.D.J., préface de GHESTIN, 1992, n°5, p. 6.

¹⁸²⁸ L'obligation alimentaire a notamment une origine légale. Cette obligation est aussi la matérialisation de la solidarité familiale. Chaque parent doit venir en aide à un membre de sa famille dans le besoin, sous la condition d'une capacité financière suffisante. L'obligation alimentaire n'est pas dépourvue de morale dès lors qu'elle se fonde sur un lien de parenté. Monsieur Pelissier considère que l'obligation alimentaire serait imposée par la nature : « *L'obligation alimentaire familiale n'en est pas moins consacrée par tous les systèmes juridiques. Ceci montre bien que*

dans le dictionnaire juridique, l'obligation se définit comme une : « *Contrainte, devoir résultant d'un texte légal, de la morale* »¹⁸²⁹.

625. La morale dans le contrat de société. La morale se retrouve également dans le contrat par la protection des contractants, qui sont unis par des obligations. D'ailleurs, une règle morale peut devenir une obligation afin de protéger une partie au contrat¹⁸³⁰. Les vices du consentement, tel le dol ou la violence, traduisent l'exigence d'une certaine loyauté dans la négociation du contrat. La morale veut que la parole donnée soit respectée, et la personne défaillante devra réparer le préjudice qu'elle a causé¹⁸³¹. Il existe donc une vision morale de l'obligation et du contrat¹⁸³².

Dans le cadre du contrat de société, les associés s'engagent à apporter des biens en vue d'une entreprise commune. L'exécution de ce contrat par les associés suppose qu'ils mettent tout en œuvre pour assurer sa réussite. Celui qui ferait échec à la réalisation du contrat par son refus de libérer ou de reconstituer les capitaux propres, qui a par son manquement à son engagement pu contribuer à la défaillance de l'entreprise, ne devrait-il pas être tenu responsable, au sens commun du terme ? Il faut admettre qu'il y a de la morale dans cette notion d'associé responsable, même si elle sert essentiellement des objectifs économiques. Selon le professeur

l'obligation familiale correspond véritablement à une obligation imposée par la nature » (PELISSIER (J.), *L'obligations alimentaires*, th., 28, K. 1.002, B.U.T, 1961). Un glissement intéressant peut-être fait vers la notion responsable. L'idée de la société comme une famille, composé d'associé. Comme pour l'obligation alimentaire, l'entre-aide va dépendre des besoins de la société, personne morale, et des capacités financières des associés. À la différence que cette fois, ce n'est pas un lien de parenté qui va faire naître cette obligation mais plutôt la sauvegarde de l'entreprise, qui revêt également une certaine moralité.

¹⁸²⁹ PUIGELIER (C.), *Dictionnaire juridique, Obligation (droit en général)*, Bruylant, 2^{ème} éd. 2017, n°3910, p. 719.

¹⁸³⁰ « *La délimitation des sphères de la morale et du droit n'appartient pas exclusivement aux parties, si bien qu'un engagement expressément qualifié de « moral » peut devenir juridiquement contraignant* ». C'est ce que démontre les arrêts sur la société Camaïeu International. Cette société a pris l'engagement de ne pas copier les produits commercialisés par l'un de ses concurrents. Finalement, quelques semaines plus tard, la société concurrente attaqua la société Camaïeu pour contrefaçon. La société fut finalement condamnée, même si elle avait précisé que l'engagement n'était que moral. « *Il n'est donc pas nécessaire d'avoir eu l'intention d'être lié « juridiquement » pour qu'un engagement crée une obligation juridique. Mieux, à lire l'arrêt, l'intention des parties est un facteur si indifférent que même la volonté opposée – celle formellement exprimée en l'espèce consistant à placer l'engagement en dehors du droit – est sans incidence sur sa force juridique* ». C'est au juge d'apprécier si l'engagement est juridique ou non. Les juges n'ont malheureusement pas fondé ce qui avait transformé cet engagement moral en un engagement juridique. Néanmoins l'auteur suppose trois sources possibles : l'engagement unilatéral, le contrat ou le délit. La Cour a considéré que « *la société Camaïeu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente* ». La cour se fonde du côté du débiteur et cela serait donc fondé sur l'engagement unilatéral. C'est peut-être dû à une obligation naturelle, ou peut être que la société Camaïeu avait un devoir d'« *honnêteté* ». Sa violation aurait ainsi entraîné la naissance de l'obligation civile. Cependant, il semble plus fondé de caractériser cet engagement sur la bonne foi qui doit animer tout contractant : V. Cass. Com., 23 janv. 2007, n°05-13.189 ; JCP éd. G, 11 juin 2008, n°24, p. 26, note SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.) ; LAITHIER (Y.-M.), « La distinction entre morale et droit ou l'incertitude parmi les sources de l'obligation », *Rev. Contrats*, 1 juillet 2007, p. 697, n°3.

¹⁸³¹ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 2014, n°65, p. 45.

¹⁸³² *Ibid.* ; V. également : TALLON (D.) : « Pourquoi parler de faute contractuelle ? » in *Mélanges en l'honneur de CORNU (G.)*, p. 429, et « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.*, 1994. 229.

Fabre-Magnan à propos de l'obligation d'information, l'obligation peut être duale, fondée en partie sur une finalité morale, mais aussi économique. Les deux analyses ne sont pas antagonistes et peuvent être conciliées¹⁸³³.

Il paraît donc très audacieux de soutenir qu'il n'y a pas une part de morale dans toutes les obligations. Le devoir qui serait issu de la seule morale et s'imposerait à tous est également une théorie présentant des limites. La libération et la reconstitution des capitaux propres sont destinées à préserver les intérêts de l'entreprise et des créanciers, qui ne sont pas qu'économiques.

626. Le concept insuffisant de la morale. Ce critère de distinction fondé sur la morale ne permet pas une distinction suffisante de l'obligation et du devoir. Cet élément de distinction suppose que le devoir serait plus moral que l'obligation, cette dernière étant plus économique. La morale peut être définie comme quelque chose de « *conforme aux bonnes mœurs ; se dit de l'objet et de la cause dans l'acte juridique et de l'intérêt pour agir en justice* »¹⁸³⁴. La morale est une conception vague et imprécise, et l'institution de cette notion en critère rendrait la détermination de l'engagement périlleuse. L'autre grief pouvant être fait à ce critère, est que la morale n'est pas quantifiable. La mesure du degré de moralité d'un engagement, ne peut être que subjective. Dans ces conditions, comment affirmer qu'une contrainte issue de la loi est suffisamment morale pour être qualifiée de devoir, ou pas assez pour être qualifiée d'obligation ? Comment notamment situer la nature juridique de libération et de la reconstitution du capital en droit des entreprises en difficulté sur cette base ? Il faut conclure que l'imprécision et la subjectivité de la notion de morale évincent ce critère comme élément de distinction de l'obligation et du devoir.

2 - Le rejet du critère de la précision

627. Une partie de la doctrine considère que l'obligation serait plus précise que le devoir du fait de sa nature patrimoniale et pécuniaire. Néanmoins, ce critère trop imprécis ne peut être retenu pour distinguer l'obligation du devoir.

¹⁸³³ FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221., L.G.D.J., préface de GHESTIN, 1992, n°22, p. 14.

¹⁸³⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 664, V. *Moral*.

628. La distinction du devoir et de l'obligation en fonction de leur précision.

D'autres auteurs ont préféré la notion d'obligation à celle de devoir en raison du manque de précision de ce dernier¹⁸³⁵. Le devoir serait donc une prestation imprécise, non chiffrable, de l'ordre de la morale, à la différence de l'obligation qui correspondrait à une action bien déterminée. Si l'on suit cette distinction, le devoir est donc quelque chose d'imprécis, dont les contours sont difficilement perceptibles¹⁸³⁶. Le professeur Stoffel-Munk relève que « *Le devoir est de l'ordre des généralités, l'obligation est de l'ordre du concret, du spécial* »¹⁸³⁷. De même, le professeur Pelissier a notamment relevé dans sa thèse que « *Pour devenir une obligation juridique, le devoir moral doit être suffisamment précis* »¹⁸³⁸. Dans le même ordre d'idée, le professeur Fabre-Magnan a préféré le terme d'obligation d'information, car il est plus précis, et surtout plus juridique, que celui de devoir : « *En effet, il nous semble que la notion de devoir n'indique pas en elle-même la source de ce devoir qui peut donc être quelconque. En outre, ce terme n'est pas un terme principalement juridique : le devoir n'est pas toujours constitutif d'un lien de droit entre deux ou plusieurs personnes, mais peut être l'expression d'une simple manifestation de la conscience* »¹⁸³⁹.

629. Arguments en faveur du critère de la précision. En effet, alors que l'obligation est un lien de droit entre une ou plusieurs personnes déterminées, le devoir peut concerner diverses personnes sans que celles-ci soient déterminées¹⁸⁴⁰. L'obligation est plus facilement appréciable dans la mesure où les parties à la contrainte sont identifiables et que ses sources sont édictées par le Code civil. Selon l'article 1100 du Code civil, l'obligation trouve sa source dans un acte juridique, un fait juridique ou encore de l'autorité seule de la loi. Les sources du devoir sont imprécises, le devoir peut être engendré par la loi, révélé par la jurisprudence¹⁸⁴¹

¹⁸³⁵ Sur cette distinction : STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, th., L.G.D.J., Paris., 2000, n°148 ; THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, th., Economica, préface de AYNES (L.), 2011, n°797 ; CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104.

¹⁸³⁶ À propos du devoir de loyauté : « *En outre, le vocable « devoir » correspond à une notion moins figée, moins précise que celle d'« obligation ». Le devoir est une directive, une notion à contenu indéterminé. En cela, cette terminologie se conjugue parfaitement avec l'idée de loyauté qui suggère plus qu'elle ne définit. On parlerait sans doute d'obligation de loyauté si tout le monde s'accordait à donner le même contenu à cette notion, ce qui est loin d'être le cas* » : PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th., T. 208, L.G.D.J., 1989, p. 13.

¹⁸³⁷ STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, th. Paris., L.G.D.J., 2000, n°148.

¹⁸³⁸ PELISSIER (J.), *L'obligations alimentaires*, th., 28, K. 1.002, B.U.T, 1961, p. 9.

¹⁸³⁹ FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221., L.G.D.J., préface de GHESTIN (J.), 1992, n°5, p. 6.

¹⁸⁴⁰ V. également en ce sens : PELISSIER (J.), *L'obligations alimentaires*, th. Paris, 28, K. 1.002, B.U.T, 1961, p. 9.

¹⁸⁴¹ « *Le devoir n'est pas imposé ex ante par le législateur ; il se déduit ex post des solutions du juge* » : COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14 ; Dans le même sens, le professeur Le Nabasque considère que le devoir de loyauté, qui a une origine jurisprudentielle, est un « *remède à la spécialité de la loi* » : LE NABASQUE (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD Com.*, 1999, p. 273.

ou encore par une norme professionnelle¹⁸⁴². Mais ces sources sont appréciées au cas par cas, sans qu'un texte de loi ne vienne les préciser. Cette différence sur la précision a pu également être déduite du caractère absolu et général du devoir¹⁸⁴³, par rapport à la relativité et la particularité de l'obligation qui va créer un lien de droit entre un débiteur et un créancier¹⁸⁴⁴. De plus, l'obligation serait consentie dans un but économique précis, une prestation quantifiable, à la différence du devoir qui est plus de l'ordre du comportement. Le professeur Ripert a d'ailleurs pu écrire que pour devenir une obligation, le devoir doit devenir suffisamment précis¹⁸⁴⁵. Sur cette imprécision du devoir, monsieur le Doyen Carbonnier faisait la remarque que le verbe devoir « *est plus facilement senti que défini* »¹⁸⁴⁶. La notion d'obligation serait alors plus précise que celle du devoir qui ressortirait plus de la morale¹⁸⁴⁷. Enfin, monsieur Grossi considère à propos du devoir que « *Ce dernier a une connotation plus englobante et moins juridique que le terme d'obligation* »¹⁸⁴⁸.

630. Le rejet du critère de la précision. Retenir ce critère serait néanmoins arbitraire, « *péjoratif* » à l'encontre du devoir¹⁸⁴⁹. De plus comme pour la morale, ce critère manque justement de « *précision* » et ne correspond à aucune notion juridique. De sorte qu'il serait impossible de dire si un engagement est suffisamment précis pour être qualifié d'obligation ou au contraire trop indéterminé pour reconnaître un devoir. L'obligation de libérer le capital est-elle suffisamment déterminée pour relever du régime des obligations ? Nul ne semble être capable de répondre à une telle question avec certitude.

631. Le critère de la précision n'est donc pas recevable pour distinguer l'obligation du devoir. Cependant, on peut le reprendre et le rattacher à un critère plus juridique en lien avec la notion de patrimoine. L'obligation s'inscrit dans le passif du débiteur, tandis qu'une

¹⁸⁴² Sur la responsabilité des devoirs professionnels : BORGHETTI (J.-S.), « La violation d'un devoir professionnel et la dichotomie entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », *Rev. Contrats*, 1 avr. 2011, n°2, p. 439 ; V. également le devoir de conseil des notaires : GRANIER (T.), « Manquement de l'expert-comptable à son devoir de conseil et obligation de réparation », *BJJS*, 1 juillet 2009, n°7, p. 683 ; DANIEL (J.), « Le devoir de mise en garde du banquier », *LPA*, 18 févr. 2008, n°35, p. 5. ; MAUPAS (L.), « Le devoir d'information de l'agent immobilier », *LPA*, 18 oct. 2007, n°209, p. 4 ; LONGEQUEUE (C.), VANDEWAETER (D.), VOELKER (D.), WLACHE (D.), « Le devoir de conseil du notaire », *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2002, n°190, p. 12.

¹⁸⁴³ Sur l'imprécision du contenu du devoir : « *Le devoir est une directive, une notion à contenu indéterminé* » : PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th., T. 208, L.G.D.J., 1989, n°7, p. 13.

¹⁸⁴⁴ CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104.

¹⁸⁴⁵ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd. 1949, n°148, p. 270.

¹⁸⁴⁶ CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, T. IV, PUF Thémis, 22^{ème} éd. 2000, n°7.

¹⁸⁴⁷ FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., L.G.D.J., T. 221., préface de GHESTIN (J.) 1992.

¹⁸⁴⁸ GROSSI (I.), *Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, th. Aix-Marseille 1998, n°6.

¹⁸⁴⁹ CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 103.

créance va naître dans le patrimoine du créancier. L'obligation est une prestation économique, alors que le devoir est une règle de comportement.

§II - Les critères retenus pour distinguer l'obligation du devoir et qualifier la participation financière de l'associé

632. Au sens du droit privé, l'obligation désigne le lien d'ordre patrimonial unissant les personnes juridiques entre elles¹⁸⁵⁰. Il convient de s'appuyer sur cet élément caractéristique de l'obligation pour en faire un critère de distinction avec le devoir. En effet, le devoir ne s'inscrit pas dans le patrimoine du sujet passif, lequel n'est tenu à aucune dette. Alors que l'obligation est une prestation économique, patrimoniale, évaluable en argent¹⁸⁵¹, le devoir renvoie à une norme de comportement¹⁸⁵². Ce critère permet de distinguer l'obligation du devoir dans toutes les situations, peu importe la source et la détermination des sujets.

633. Ainsi, l'obligation de libération et de reconstitution des capitaux propres induisent un lien d'ordre patrimonial (**A**) et économique (**B**), ce qui démontre que l'associé à ainsi l'obligation de participer au sauvetage de l'entreprise.

A) Les obligations de libération et de reconstitution caractérisées par un lien patrimonial

634. Selon une vision objective, l'obligation serait le lien entre deux patrimoines¹⁸⁵³. L'obligation aurait ainsi une valeur. Cette idée était déjà présente dans les Institutes de Gaius,

¹⁸⁵⁰ BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Domat, L.G.D.J., 18^{ème} éd. 2019, n°2, p. 18 ; POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, T. 1, nouvelle édition, 1977, n°138.

¹⁸⁵¹ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°113, p. 50.

¹⁸⁵² CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 105.

¹⁸⁵³ KRAMPE (C.), « L'obligation comme bien : droit français et allemand », in l'obligation, APD, 2000, T. 44, D., p. 205 ; MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, T. 1, vol. 1, Sirey, 1962, n°4.

et une partie de la doctrine s'y retrouve aujourd'hui¹⁸⁵⁴. Cette théorie objective implique que l'obligation est transmissible d'un patrimoine à un autre¹⁸⁵⁵.

635. Un droit personnel. Ce lien de droit qui caractérise l'obligation se traduit par un droit personnel. L'obligation constitue « *le lien d'ordre patrimonial unissant les personnes juridiques entre elles* »¹⁸⁵⁶. Le droit personnel est un rapport juridique entre un sujet actif, le créancier, et un sujet passif, le débiteur¹⁸⁵⁷, faisant naître entre eux des obligations à caractère pécuniaire. Dans le cadre de la libération du capital, l'associé s'oblige envers la société à une prestation économique. L'obligation est donc un lien de droit par lequel une personne, appelée débiteur, est astreinte envers une autre, appelée créancier, à une prestation¹⁸⁵⁸. L'obligation se caractérise par trois éléments : C'est un lien de droit, entre deux patrimoines, à caractère pécuniaire¹⁸⁵⁹.

636. Les opérations sur le capital : un lien patrimonial entre l'associé et la société. Il est en effet difficile de donner la qualification de débiteur ou de créancier à des personnes entretenant un lien extrapatrimonial¹⁸⁶⁰. L'obligation est le lien qui va lier deux patrimoines¹⁸⁶¹. Ce lien patrimonial ressort des articles L. 2284 et L. 2285 du Code civil et de la notion de gage général qui impose au débiteur de mettre à la disposition de son créancier ses biens en garantie de son engagement¹⁸⁶². C'est par l'intermédiaire d'un débiteur et de son engagement que ses biens vont être mis en gage¹⁸⁶³. Ce lien est caractérisé par la présence d'au minimum deux personnes distinctes : « *Ce qui définit plus précisément l'obligation c'est qu'elle est due*

¹⁸⁵⁴ IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, 1995, nos^o76 et s. ; GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, publié par DESBOIS et GAUDEMET (J.), Sirey, Dalloz, 1965, p. 12 et 449.

¹⁸⁵⁵ G STOUFFLET (J.), « Propos sur la transmission des créances », in Mélanges en l'honneur de WEILL (A.), *D.*, 1983, p. 511 ; HESTIN (J.), « la transmission des obligations en droit positif français », in *La transmission des obligations*, Bruylant, L.G.D.J.1980, p. 3 et s. ; VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, 1955, n^o181.

¹⁸⁵⁶ BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Domat, L.G.D.J., 18^{ème} éd. 2019, n^o1, p. 17.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, n^o2, p. 18 ; FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221, L.G.D.J., préface de GHESTIN (J.), 1992, n^o4, p. 4 ; CARBONNIER (J.), *Théorie des obligations*, Thémis, PUF, 1963.

¹⁸⁵⁸ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n^o120, p. 56.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, n^o113, p. 50.

¹⁸⁶⁰ OBELIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009, n^o11, p. 31.

¹⁸⁶¹ En effet, « *Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, les obligations qui pèsent sur une personne doivent naturellement aussi grever son patrimoine* » : AUBRY (C.), RAU (C.-F.), *Cours de Droit Civil Français, D'après la méthode de Zachariae*, T. IX, 5^{ème} éd. 1917, p. 366, §579 ; V. également : HIEZ (D.), *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th., T. 399, L.G.D.J., 2003, nos^o366 et s., p. 238 et s.

¹⁸⁶² C'est de cette notion de gage général des créanciers, que les éminents auteurs, Aubry et Rau ont fondé la théorie classique de la patrimonialisation de l'obligation : En ce sens : HIEZ (D.), *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th., T. 399, L.G.D.J., préface de JESTAZ (P.), 2003, nos^o 366 et s., p. 238 et s.

¹⁸⁶³ En ce sens : ZACHARIAE, *Cours de droit civil français traduit de l'allemand*, de M.C.S. ZACHARIAE, Professeur à l'université de Heidelberg, revu et augmenté, avec l'agrément de l'auteur, par M. AUBRY (C.) et RAU (C.), Strasbourg, 2^{ème} éd. Lagier 1843, Vol. 4, n^o580, p. 112.

au profit d'une personne distincte de celui qui l'exécute. Ainsi, c'est l'existence d'une prestation à la charge d'un débiteur en faveur d'un créancier qui caractérise l'obligation civile »¹⁸⁶⁴. Il est cependant plus juste de parler de deux patrimoines distincts plutôt que de deux « personnes distinctes », car une obligation peut exister entre deux patrimoines d'une même personne. Même si l'obligation est par principe un rapport entre deux personnes¹⁸⁶⁵. Il arrive, parfois, qu'un individu soit à la tête de deux ou plusieurs patrimoines qui entretiennent des liens de créancier débiteur¹⁸⁶⁶. L'obligation n'est donc plus centrée sur ses sujets mais plutôt sur son objet, soit un engagement du débiteur envers un ou plusieurs créanciers¹⁸⁶⁷. Les obligations composent le patrimoine qui peut se définir comme « l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est à dire de ses droits et charges appréciables en argent), de l'actif et du passif, envisagé comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais aussi ses biens à venir »¹⁸⁶⁸. L'associé a donc dans son patrimoine l'obligation de libérer et de reconstituer les capitaux propres lorsque ceux-ci deviennent inférieurs à la moitié du capital social. De façon corollaire, la société, personne morale a un droit de créances sur ces obligations. C'est elle qui est la propriétaire des biens apportés par les actionnaires. À la fin du XIX^{ème} siècle, les professeurs Saleilles¹⁸⁶⁹ et Gaudemet¹⁸⁷⁰ ont développé l'idée que l'obligation est un élément du patrimoine. Sa valeur économique explique le déplacement de richesse qui peut être fait entre deux personnes. Elle est le lien entre deux patrimoines. Cette théorie a notamment permis de justifier la transmissibilité de l'obligation¹⁸⁷¹.

L'obligation a donc une valeur, notamment susceptible de transaction ou de compensation. L'obligation répond à un régime juridique qui lui est propre. Elle peut ainsi faire l'objet de transfert, de compensation ou de paiement. L'obligation n'est pas vouée à demeurer dans le patrimoine de son débiteur, de même que la créance corrélative est censée disparaître. Ainsi, la possibilité de céder ou d'éteindre une prestation patrimoniale permettra de qualifier une obligation. Dans le cas contraire, la contrainte devra être qualifiée de devoir.

¹⁸⁶⁴ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°42, p. 39.

¹⁸⁶⁵ SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, Puf, 2^{ème} éd. 2006, n°2, p. 14.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°36, p. 35.

¹⁸⁶⁸ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadriga, Puf, 13^{ème} éd. 2020, p. 740, V. *Patrimoine*.

¹⁸⁶⁹ SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd. 1925, nos°80 et s., p. 70.

¹⁸⁷⁰ GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey., Dalloz., 1937, réimp. 2004, p. 12.

¹⁸⁷¹ FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. vol. 116, coll., « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°24, p. 25.

Selon madame Freleteau¹⁸⁷², « *il peut être précisément démontré que la prestation constitue le critère essentiel de l'obligation* »¹⁸⁷³, mais elle ne met en relief que le côté passif de l'obligation. De même, dire que l'obligation est un droit personnel, revient à ne voir en l'obligation que la face positive de celle-ci, c'est à dire la créance. Or, l'obligation ne se résume pas à un droit de créance, qui est un droit personnel d'ordre patrimonial. Elle correspond à la situation dans laquelle une personne est liée et tenue envers une autre. Comme l'explique un auteur : « *Vu comme obligation, la chose se trouve ainsi en transit entre deux patrimoines ; à cet instant le droit l'arrête pour la photographeur* »¹⁸⁷⁴. Le débiteur doit effectuer une prestation, il est débiteur de cette prestation qui est un élément du passif de son patrimoine. Cette dette est celle de la libération de l'apport. Or, l'obligation présente nécessairement une réciprocité. Pour la personne qui doit profiter de la prestation due, elle est un élément de l'actif de son patrimoine, une créance. En l'espèce, la société est donc créancière de ces obligations de libération ou de reconstitution du capital. La distinction entre l'obligation et le devoir sur le critère du patrimoine était à la base le fait du Professeur Roubier¹⁸⁷⁵. À la différence de l'obligation, qui se caractérise par une créance et une dette, « *le devoir juridique ne peut être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu* »¹⁸⁷⁶. L'obligation a donc un caractère patrimonial¹⁸⁷⁷, à la différence du devoir. Ce lien de droit existe entre un débiteur et un créancier sur leur patrimoine, les personnalités sont alors accessoires. Ainsi, la dette d'apport de l'associé envers la société, dont la nature est patrimoniale, doit être qualifiée d'obligation. Dès l'immatriculation de la société, la personne morale dispose d'un patrimoine distinct de celui de l'associé¹⁸⁷⁸.

637. L'éviction de l'entreprise créancière. De même que pour le critère de la structure, l'hypothèse de « *l'entreprise* » créancière doit être rejetée. L'entreprise peut être définie

¹⁸⁷² FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°40, p. 37.

¹⁸⁷³ *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd. 2006, n°1, p. 13.

¹⁸⁷⁵ ROUBIER (P.), *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, Archives de philosophie du droit, 1957, p. 2 et s. même si l'on retrouve cette idée dans les écrits d'Aubry et Rau : « *À la différence des devoirs corrélatifs à des droits de puissance, dont l'exécution peut être poursuivie au moyen d'une coercition exercée sur la personne elle-même, les obligations correspondantes à des droits personnels proprement dits n'affectent, en général, que le patrimoine de celui qui s'y trouve soumis* » : AUBRY (C.), RAU (C.-F.), *Cours de Droit Civil Français, D'après la méthode de Zachariae*, T. IX, 5^{ème} éd. 1917, n°581, p. 372.

¹⁸⁷⁶ ROUBIER (P.), *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, 1957, Archives de philosophie du droit, p. 42.

¹⁸⁷⁷ DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et Quasi contrat*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2016, p. 6, n°15.

¹⁸⁷⁸ En ce sens : « *Cette construction, établie pour la durée de la société, suppose à celle-ci, pendant sa vie, un patrimoine distinct du patrimoine de chaque associé. Quant au passif, une telle séparation est même définitive dans les sociétés à responsabilité limitée, ne participera nullement, sur son patrimoine propre, au dettes sociales* » : SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979, n°94, p. 126.

comme « *un ensemble d'éléments d'exploitation formant une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités* »¹⁸⁷⁹. Cette entité non déterminée ne peut en effet être créancière d'une obligation, dans la mesure où elle ne possède pas de patrimoine par défaut de personnalité juridique. C'est ce qu'on peut en déduire du principe d'unité du patrimoine d'Aubry et Rau. Ainsi, l'entreprise n'ayant pas la personnalité juridique, elle ne peut être titulaire d'un patrimoine¹⁸⁸⁰. Ce qui exclut l'hypothèse d'une obligation existante entre l'associé et elle.

638. L'incidence de la réforme des obligations sur la nature patrimoniale de l'obligation. Plusieurs auteurs se sont interrogés sur le maintien de ce lien d'ordre patrimonial spécifique à l'obligation, après la réforme du droit des obligations¹⁸⁸¹. L'obligation permet un échange économique entre deux personnes. C'est le moyen juridique qui permet de déplacer un bien d'un patrimoine à un autre. Par l'intermédiaire d'une obligation de donner, un bien pourra être transféré à un patrimoine. Par une obligation de faire ou de ne pas faire, une prestation de service pourra être exécutée. Cependant, l'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé l'obligation de donner¹⁸⁸², ce qui remet en cause le caractère patrimonial de l'obligation. Pourtant, l'obligation reste indispensable à tout transfert de biens. Même en l'absence d'une obligation de donner, le débiteur devra remettre le bien à son créancier, ce qui suppose une obligation de faire qui est l'obligation « *de délivrer le bien* »¹⁸⁸³.

639. L'utilité de la théorie objective de l'obligation. Notons, que si la théorie objective de l'obligation semble désormais démontrée¹⁸⁸⁴, elle ne suffit pas à expliquer toutes

¹⁸⁷⁹ Cette définition de l'entreprise a été donnée afin de qualifier l'objet d'un plan de cession en procédure collective, soit l'entreprise (V. Cass. Com., 11 juin 1996, n°94-15.295, D., 1997, 2, obs. DERRIDA (F.)). L'entreprise peut encore être définie comme un « *établissement réunissant, sous une direction commune, des moyens tant humains que matériels en vue de l'accomplissement d'activités économiques, commerciales, industrielles ou de services* » (CABRILLAC (R.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2022*, LexisNexis, 13^{ème} éd. 2021, p. 242, V. *Entreprise*).

¹⁸⁸⁰ Notamment à propos du fonds de commerce, où les auteurs refusent d'y voir une universalité de droit, mais une universalité de fait dont l'exploitation ne peut générer des créances ou des dettes¹⁸⁸⁰, même si certains ont émis l'hypothèse d'un patrimoine d'affectation. Cependant, comme le démontre Despax dans sa thèse, l'entreprise peut être personnifiée et être dotée d'un actif qui lui est propre. Son analyse se fait notamment à travers le droit fiscal, qui a la particularité d'imposer l'entreprise au niveau de ses biens comme si c'était une personne : DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, th. Toulouse 1, L.G.D.J., 1956, nos°368 et s., p. 397.

¹⁸⁸¹ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°138, p. 61.

¹⁸⁸² D'une part, en faisant disparaître de l'article 1101 du Code civil, définissant le contrat, la référence aux trois obligations : donner, faire et ne pas faire. D'autre part, en affirmant que le transfert d'un droit s'opère à la conclusion du contrat, sans qu'il n'ait besoin d'une obligation de donner, conformément à l'article 1196 du Code civil : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°138, p. 61.

¹⁸⁸³ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°138, p. 61.

¹⁸⁸⁴ La théorie d'Aubry et Rau s'appuie sur la notion de gage des créanciers pour démontrer que patrimoine et obligation sont interdépendants. La théorie objective marque encore plus ce lien entre l'obligation et le patrimoine et cherche à savoir qui de l'obligation ou du patrimoine entraîne l'autre. La théorie objective se base plus sur

les obligations. Certaines d'entre elles échappent au critère du patrimoine. Il en est ainsi des obligations *intuitu personae*, dont la conception subjective semble plus justificative. La théorie objective ne marque pas une rupture avec la conception classique de l'obligation, qui centre l'obligation sur les personnes¹⁸⁸⁵. Elle vient plus en complément de la théorie subjective qui reste le premier caractère de l'obligation. Comme le démontre monsieur Forest, l'obligation est attachée à la personne, dans la mesure où lorsque l'on affecte un patrimoine, elle affecte certes un patrimoine, mais plus encore la personne qui en est titulaire. Contrairement à ce que pense cet auteur, la théorie objective n'est pas *inutile* pour qualifier une obligation¹⁸⁸⁶. Forest se borne à démontrer que la théorie objective n'est pas autonome pour identifier une obligation, et donc que la théorie classique reste essentielle et fondamentale. Cependant, force est de constater que l'aspect objectif de l'obligation permet seul d'expliquer la circulation des dettes et des créances¹⁸⁸⁷. Les deux conceptions ne doivent pas être appréciées de façon distincte, mais de façon complémentaire. Le patrimoine peut donc dans certains cas servir d'indice afin de qualifier une obligation. L'appréciation se fait *in abstracto* en fonction de l'obligation. C'est pourquoi il est d'abord essentiel d'apprécier l'aspect subjectif de l'engagement entre deux personnes, avant de vérifier l'aspect objectif et le critère patrimonial.

640. De la théorie objective, qui considère que l'obligation est patrimoniale, on peut déduire un second critère de distinction de l'obligation et du devoir. Tout bien susceptible d'entrer dans le patrimoine d'un individu est susceptible d'une évaluation monétaire. L'obligation est ainsi une prestation économique à la différence du devoir dont seules les conséquences peuvent être de nature économique.

l'évolution du droit des obligations et l'exécution de l'obligation pour démontrer le caractère patrimonial de l'obligation. Sur cette théorie : FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°28, p. 28 ; HIEZ (D.), *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th., T. 399, L.G.D.J., préface de JESTAZ (P.), 2003, nos° 369 et s., p. 240 et s.

¹⁸⁸⁵ FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll., Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°28, p. 28.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, n°33, p. 31.

¹⁸⁸⁷ FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°34, p. 31.

B) Les obligations de libération et de reconstitution caractérisées par une prestation économique.

641. Le principe de participation financière repose sur des obligations dues par l'associé, l'obligation de libération du capital et de reconstitution des capitaux propres dégradés, qui sont des prestations économiques.

642. **L'obligation déterminée par sa valeur économique.** On peut rattacher à ce premier critère de distinction qui est le patrimoine, la valeur économique de l'engagement. Selon le professeur Chazal, « *l'obligation est une prestation économique* »¹⁸⁸⁸. L'obligation impliquerait également une prestation de nature pécuniaire, qui pourrait prendre la forme d'un bien ou d'un service.

Cette idée de valeur, ressort également de la qualification de l'obligation comme garantie, dégagé par le professeur Rouvière¹⁸⁸⁹. Selon cet auteur, l'obligation servirait de garantie. Notion qu'il définit comme « *Tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* »¹⁸⁹⁰.

L'objet de l'obligation doit donc être économiquement quantifiable¹⁸⁹¹. On peut alors dégager un nouveau critère, qui est le critère pécuniaire de l'obligation. L'obligation serait évaluable en argent, contrairement au devoir. En effet, l'obligation est un bien¹⁸⁹², une prestation économique qui correspond à une certaine somme : « *L'obligation se réduit à l'exécution d'une prestation qui représente une valeur susceptible d'être appréciée en argent* »¹⁸⁹³. À la différence du devoir, qui est une règle de comportement. L'élément financier fait donc défaut au devoir, seule ses

¹⁸⁸⁸ CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104.

¹⁸⁸⁹ ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.*, 2011, p. 1.

¹⁸⁹⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 482, V. *Garantie*, sens 1.

¹⁸⁹¹ Si tantôt qu'elle existe, il paraît inapproprié de parler d'obligation de non-concurrence à l'égard de l'associé (Exemples d'articles utilisant le terme d'obligation de non-concurrence : MARTIN-ROSE (R.), « Regards sur l'obligation de non concurrence en droit des sociétés », *JCP éd. E*, 2012, 1713 ; *Contra* : sur l'existence d'une obligation découlant de l'article 1104 du Code civil : BRES (A.), « L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé », *RTD Com.*, 2011, p. 463.), même si certains y voient une *obligation implicite* (Sur la qualification de l'obligation de non-concurrence d'obligation implicite : V. BRES (A.), « L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé », *RTD Com.*, 2011, p. 463. Spéc. n° Sur la notion d'obligation implicite : PICOD (Y.), *Obligations*, Rép. Dr. Civ., Dalloz, janv. 2019, n°50. Une partie de la doctrine critique cette notion, dans le sens où elle estime que, dans la mesure où ces obligations sont informulées, mais ordonnées par la jurisprudence, cela entraînerait une source d'insécurité juridique. De plus, ces auteurs estiment qu'elle fait double emploi avec l'article 1194 du Code civil qui suffit à faire émerger de nouvelles obligations ou plutôt de nouveaux devoirs aux contractants (CABRILLAC (R.), *JCP*, 2008. I. 190, spéc. n°11 ; PICOD (Y.), *Obligations*, Rép. Dr. Civ., Dalloz, janv. 2019, §2, nos°50 et s. ; FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, T. 1, coll. Thémis PUF, 5^{ème} éd. 2019, n°17).

¹⁸⁹² V. KRAMPE (C.), « Obligation comme bien, Droit français et allemand », *Arc. Ph. Dr.*, T. 44, 2000, p. 205 et s.

¹⁸⁹³ DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Régime général*, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2016, n°15, p. 6. Dans le même sens : GOMAA (M.K. N.), *Théorie des sources de l'obligation*, L.G.D.J., 1968, n°281, p. 270.

conséquences sont évaluables monétairement.

643. L'incidence de l'engagement sur le patrimoine. Le critère économique découle de la nature patrimoniale de l'obligation. Tout élément du patrimoine renvoie à une existence pécuniaire. L'engagement ou le lien de droit qui peut exister entre deux patrimoines est souvent financier. L'obligation se déplace ainsi de la personne vers le patrimoine, ce qui a influencé la doctrine sur l'intégration de l'obligation au patrimoine¹⁸⁹⁴. Vue sous l'angle de la créance, l'obligation est un élément de richesse. « *Quant aux auteurs modernes, ils voient généralement dans l'obligation un lien de droit entre deux personnes, débiteur et créancier, en vertu duquel le premier est tenu envers le second d'une prestation pécuniairement appréciable. En cas d'inexécution, le créancier a le droit d'en appeler à la sanction étatique pour contraindre le débiteur* »¹⁸⁹⁵. L'objet de l'obligation est donc évaluable en argent. Ainsi en va-t-il de l'apport en numéraire qui correspond au paiement d'une somme d'argent, de l'apport en nature qui correspond à la livraison d'une chose¹⁸⁹⁶ ou de l'apport en industrie qui se matérialise par l'exécution d'un travail... À défaut d'exécution de l'obligation, le créancier pourra obtenir des dommages et intérêts ou une exécution forcée. C'est donc un bien évaluable en argent qui va garantir l'obligation¹⁸⁹⁷. Cette garantie financière ressort également de l'article 2284 du Code civil qui oblige toute personne à « *remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». L'obligation doit toujours être évaluable en argent. L'obligation est un transfert économique qui peut être unilatéral ou compensé par un transfert en sens inverse.

Lorsque l'entreprise est en procédure collective, l'article L. 624-20 du Code de commerce impose aux associés qui se sont engagés lors de la souscription de respecter cette promesse et de verser les fonds qu'ils ont promis d'apporter. Cet engagement, ce lien de droit, constitue un transfert de propriété d'un bien, en numéraire ou en nature, vers la personne morale¹⁸⁹⁸. Le bien fait d'abord partie du patrimoine du débiteur avant d'intégrer le capital de la société. En effet, les biens forment le capital initial de la société, « *la société personne morale est propriétaire des biens qui lui ont été apportés par les associés ou qu'elle a acquis après sa constitution* »¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁴ OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th., PUAM, 2009, n°11, p. 31.

¹⁸⁹⁵ GOMAA (M.K. N.), *Théorie des sources de l'obligation*, th., L.G.D.J., 1968, n°280, p. 248.

¹⁸⁹⁶ L'article L. 223-9 du Code de commerce impose d'ailleurs aux associés de prévoir dans les statuts une évaluation de la valeur de l'apport en nature.

¹⁸⁹⁷ ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.*, 2011, p. 1.

¹⁸⁹⁸ « *Quand la société est une personne morale, ce qui est aujourd'hui le cas le plus fréquent, l'opération d'apport se traduit par un transfert à la société de la propriété ou de la jouissance des biens apportés* » : DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 29.

¹⁸⁹⁹ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), 22^{ème} éd. 2017, n°1664, p. 155.

La possibilité de ce transfert de patrimoine découle de la nature juridique de l'apport. Selon l'article 1832 du Code civil, « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise **des biens** ou de l'industrie* ». Donc au sens de l'article 1832 du Code civil, les apports peuvent être des biens¹⁹⁰⁰. Par biens, ce sont les apports en numéraire et nature qui sont visés. Mais peu importe leur forme, « *en tout état de cause l'apport doit être susceptible d'une évaluation pécuniaire* »¹⁹⁰¹. La société serait ainsi vue comme une « *communauté de biens* »¹⁹⁰². Cette idée de biens, se retrouve en comptabilité, dans la mesure où « *les apports en société sont en effet inscrits, quant à eux, à l'actif du bilan, et consistent en des biens, là où le capital social n'est qu'un montant abstrait* »¹⁹⁰³.

644. L'évaluation précise de l'apport. Monsieur le professeur Grimaldi s'est demandé si la valeur de l'obligation, celle de libérer l'apport, pouvait être imprécise et variable ? La réponse est négative à cause du principe d'intangibilité des engagements des associés¹⁹⁰⁴. Ainsi, l'apport doit bien être déterminé et chiffrable afin de délimiter l'engagement pris par l'associé.

De plus, le capital social sert également de gage aux créanciers. C'est une fenêtre sur la richesse et sur les garanties de la société. Il y a donc également une idée de transparence, d'information des créanciers, car les difficultés de l'entreprise peuvent venir influencer la situation de l'associé. Donc même si, à l'origine, la société sert d'écran pour l'associé contre l'action des créanciers sur leur patrimoine. En droit des entreprises en difficulté, c'est surtout la protection des créanciers qui doit être mise en avant. Les biens constituant le capital social doivent donc être saisissables et refléter avec précision les garanties données aux créanciers.

645. Les sanctions en lien avec cette prestation économique. Enfin, dans la mesure où l'obligation repose sur un bien évaluable en argent, il est possible d'opposer au débiteur défaillant l'exception d'inexécution ou l'exécution forcée. Ces sanctions ne pourront être applicables dans le cadre de la violation d'un devoir, laquelle se rapproche d'un écart de conduite.

¹⁹⁰⁰ MERLE (P.) FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, coll. Précis Dalloz, Dalloz., 24^{ème} éd. 2020-2021, nos°38 et s., p. 51 et s.

¹⁹⁰¹ PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th., T. 402, L.G.D.J., 2003, n°489, p. 276.

¹⁹⁰² *Ibid.*, n°491, p. 278.

¹⁹⁰³ MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, LexisNexis, éd. 2010, n°7, p. 4.

¹⁹⁰⁴ GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, th., Defrénois, 2007, n°617, p. 267.

Pour qu'une contrainte soit effective il faut une sanction¹⁹⁰⁵. La sanction ne sera efficace que si elle incite le débiteur à agir. Il faudra également que les organes de contrôle soient vigilants et compétents pour mettre en œuvre cette sanction. Le délai d'action devra être court afin de ne pas léser le créancier.

Les sanctions qui découlent des obligations sont également distinctes de celles du devoir. La réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation, suppose au préalable que le débiteur ait été mis en demeure¹⁹⁰⁶. Dans le cadre de la violation d'un devoir, cette mise en demeure sera inopportune car l'inexécution est déjà caractérisée. De même, l'exécution forcée ne sera possible que dans la mesure où il peut y avoir un transfert de propriété, ce qui n'est pas le cas dans le contexte d'un devoir qui ne s'inscrit pas dans le patrimoine de son débiteur.

646. Les lacunes du critère financier. Néanmoins, le critère qui cherche à évaluer pécuniairement la contrainte n'est pas totalement recevable¹⁹⁰⁷, il est en effet « *plus discutable* »¹⁹⁰⁸. On a coutume de distinguer les droits patrimoniaux, comme les obligations, qui sont évaluables en argent, des droits extrapatrimoniaux, comme les droits de la personnalité ou par exemple le droit de vote qui n'ont pas de valeur économique¹⁹⁰⁹. Cette distinction est peu rigoureuse, car nombre des droits extrapatrimoniaux ont des incidences pécuniaires, soit directes, comme pour l'obligation alimentaire, soit indirectes en cas d'atteinte aux droits, qui peuvent bien souvent être compensées en partie par de l'argent. À l'inverse, certaines obligations pécuniaires directes ont un caractère personnel très marqué. L'obligation est un droit qui peut être évalué en argent, c'est un droit dit patrimonial. La valeur économique de la prestation pourra toutefois servir d'indice pour la qualification du devoir ou d'obligation de la contrainte.

647. Par voie de conséquence, seul le caractère patrimonial de l'obligation permet de distinguer l'obligation du devoir. Il est ainsi possible de qualifier d'obligation, la libération de l'apport et la reconstitution des capitaux propres qui représentent toutes les deux une dette de l'associé. Le lien de droit, la présence de personnes déterminées ou le caractère pécuniaire de l'obligation ne suffisent pas à différencier l'obligation du devoir qui présente bien souvent les

¹⁹⁰⁵ JESTAZ (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron, p. 197 ; V. aussi JESTAZ (P.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in Mélanges en l'honneur de RAYNAUD (P.), 1985, p. 273.

¹⁹⁰⁶ C. Civ. Art. 1231.

¹⁹⁰⁷ V. notamment en ce sens : OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009.

¹⁹⁰⁸ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°113, p. 50.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*

mêmes caractéristiques. Seule l'inscription dans le patrimoine du débiteur d'une dette et corrélativement d'une créance dans le patrimoine du créancier permettront de déterminer une obligation.

648. Conclusion Section I. On constate ainsi, qu'il paraît infondé de généraliser toutes les contraintes auxquelles est soumis l'associé en droit des procédures collective sous le qualificatif de devoir. L'obligation, caractérisée par sa nature patrimoniale, reflète plus la nature des contraintes financières imposées à l'associé. C'est en effet par son obligation de libération et de reconstitution des capitaux propres que l'associé est mis à contribution pour secourir l'entreprise en difficulté. Ainsi, il est admis de parler d'une « *obligation* » de participer au financement de l'entreprise en difficulté.

Section II

Le régime juridique et les sanctions de la participation financière de l'associé

649. Tout l'intérêt de qualifier le lien entre l'associé et l'entreprise est d'en connaître son régime et ses sanctions. L'obligation connaît un régime bien spécifique et déterminé par notre droit. On sait alors qu'il est possible d'éteindre ou de céder une obligation. La question se pose alors de l'application de ce régime juridique à la participation financière de l'associé. Autrement dit, l'associé peut-il éteindre son obligation de participer au sauvetage de l'entreprise ou la céder (§I) ?

650. En outre, si le législateur a bien précisé les modalités afin d'inviter l'associé à libérer son apport, il a omis de préciser quelles sanctions seraient applicables à l'associé réfractaire. À défaut de disposition spécifique, la réponse devra être recherchée dans le droit des sociétés, dont il sera opportun de vérifier s'il est adapté au contexte d'une entreprise en difficulté. De même, on peut supposer que l'associé qui s'opposerait à une reconstitution des capitaux propres commettrait un abus de son droit de vote (§II).

§I - Le régime juridique de l'obligation de participer financièrement

651. L'associé est soumis à des obligations, lesquelles peuvent être déterminantes pour le sauvetage de l'entreprise (A). L'associé pourra s'acquitter de sa dette envers la société en libérant son apport. Par ailleurs il sera possible de céder cette dette. Cependant les organes de la procédure pourront aller chercher les anciens titulaires des titres pour assurer le paiement de la dette d'apport (B).

A) La possibilité d'éteindre sa participation financière

652. Soumis à des obligations instrumentalisées afin de sauver l'entreprise, l'associé pourra s'acquitter de ses dettes, ainsi échapper aux contraintes du principe de participation financière au sauvetage de l'entreprise.

653. L'extinction de l'obligation. L'obligation s'inscrit dans le patrimoine du débiteur et du créancier. À l'origine, le patrimoine sert à expliquer le passage momentané des biens dans le patrimoine¹⁹¹⁰. En effet, une obligation peut être éteinte dès qu'elle a été accomplie, le Code civil prévoyant expressément les différents modes d'extinction de l'obligation. L'obligation n'a donc pas vocation à demeurer définitivement au passif du patrimoine du débiteur. L'associé peut éteindre sa dette d'apport.

654. L'indétermination de la durée de l'obligation. Un auteur faisait la distinction entre les « *obligations perpétuelles* », qui nous semblent pouvoir mieux être saisies par l'idée de devoir, des obligations à temps qui s'éteignent par un acte d'exécution. Alors que « *le devoir pèse en permanence sur l'individu, l'obligation naît et meurt puis une nouvelle obligation naîtra à l'occasion d'un nouvel engagement qui nous rendra débiteur. Contrairement au devoir, l'obligation est du domaine de l'instant, et si l'interdiction des engagements perpétuels se comprend bien, l'idée de devoir perpétuel ne choque personne, et apparaîtrait au contraire naturelle* »¹⁹¹¹. Un paiement éteint la dette et la créance corrélative. Il abolit un droit personnel, le droit du créancier à la chose due par le débiteur, pour le remplacer par un droit réel, le droit du créancier sur la chose fournie par le débiteur¹⁹¹². Une obligation peut s'éteindre par divers procédés. Les divers modes d'extinction d'une obligation sont énumérés à l'article L. 1234 du Code civil qui dispose que « *les obligations s'éteignent : Par le paiement, Par la novation, Par la remise volontaire, Par la compensation, Par la confusion, Par la perte de la chose, Par la nullité ou la rescision, Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent, Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier* ». Ces différents mécanismes démontrent également la nature patrimoniale de la dette. « *Par ces mécanismes, c'est évidemment la valeur que représente l'obligation qui se révèle capitale, et non le comportement mis en œuvre pour son exécution* »¹⁹¹³.

¹⁹¹⁰ Étymologiquement, le patrimoine est l'ensemble des biens qui se transmettent de génération en génération dans une famille : SERIAUX (A.), « La notion juridique de patrimoine : brèves notations civilistes sur le verbe avoir », RTD Civ., 1994, 801, p. 811.

¹⁹¹¹ STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J., préface de BOUT (R.), 2000, n°149, p. 135.

¹⁹¹² SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd. 2006, n°1, p. 13.

¹⁹¹³ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°63, p. 58.

655. Les différents modes d'extinction de l'obligation. L'article L. 1234 du Code civil énumère les différents moyens d'extinction d'une obligation. Si l'on admet que la libération de l'apport et la reconstitution des capitaux propres sont des obligations, ces différents procédés peuvent permettre à l'associé d'éteindre son obligation.

Selon l'article L. 624-20 du Code de commerce, le jugement d'ouverture de la procédure rend la créance de libération du capital exigible¹⁹¹⁴. En cas de non-paiement, le créancier de cette obligation aura la possibilité de mettre en demeure l'associé. Celui-ci pourra alors éteindre cette dette en transférant le bien en numéraire ou en nature à la société créancière.

Conformément à l'article L. 1234 du Code civil, toute obligation peut également être éteinte par la compensation de deux obligations réciproques. Autrement dit, il faut que le débiteur, en l'espèce l'associé, détienne une créance connexe sur le créancier, en l'espèce la société. Ainsi, la question de la connexité entre la dette d'apport de l'associé et sa créance en compte courant s'est posée. En droit des sociétés, la jurisprudence a considéré que les créances n'étaient pas connexes¹⁹¹⁵. Cependant, le droit des entreprises en difficulté autorise cette compensation, notamment dans le cadre de l'article L. 626-3 du Code de commerce, ce qui est compatible avec l'idée d'une obligation à l'origine de la libération de l'apport.

Toute obligation est ainsi vouée à s'éteindre, soit par un paiement, une cession ou une compensation. Ce caractère « *éphémère* » marque une distinction avec le devoir qui est permanent.

B) La possibilité de transmettre sa participation financière

656. Les dernières réformes mettent à la charge de l'associé des efforts importants. Dans cette situation de péril pour la structure sociale, la réticence des associés à s'acquitter de cette ultime contribution est compréhensible. Surtout pour l'obligation de libération lorsque l'entreprise est en liquidation judiciaire¹⁹¹⁶. Les associés défaillants sollicités pourraient échapper à leurs obligations par une cession de leurs titres non libérés (1) ou encore par une sélection des associés débiteur par l'organe judiciaire (2).

¹⁹¹⁴ C. Com. Art. L. 624-20.

¹⁹¹⁵ Cf. *Infra*. n°897.

¹⁹¹⁶ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°144 et s., p. 116 et s.

1 - L'action des organes judiciaires contre les anciens associés

657. L'associé pourrait être tenté de céder ses titres afin d'éviter de participer au sauvetage de l'entreprise. Pourtant, la cession de ses titres ne le libérera que partiellement de son obligation de libération. Il pourra en effet être appelé à libérer l'apport en cas de défaillance du titulaire actuel des actions (a), ou des parts sociales si la société n'a pas consenti à cette cession de dette (b).

a - L'action contre les anciens titulaires des actions non libérées

658. La nature de l'action engagée contre d'anciens associés est à concevoir comme une sûreté associée au recouvrement de la dette d'apport, elle ne semble pas devoir être reliée à un devoir de secours qui pèserait sur les anciens associés.

659. La cession des actions non libérées. L'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995¹⁹¹⁷ précise que, lors d'une liquidation judiciaire, le liquidateur est en droit d'enjoindre à l'associé débiteur, actuel ou passé, d'avoir à libérer l'apport¹⁹¹⁸. Cette solution est la simple application d'une disposition du droit des sociétés. En l'absence de texte en droit des procédures collectives, il convient de se référer à l'article L. 228-28 du Code de commerce¹⁹¹⁹ sur les sociétés par actions qui dispose que les cessionnaires ou souscripteurs successifs sont tenus solidairement avec les cédants ou l'associé actuel du montant non libéré de l'action. Cette solidarité prévaut jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans après le virement d'un compte de valeurs mobilières à un autre compte. Cet article n'est applicable qu'aux sociétés commerciales pouvant émettre des actions, ce qui semble écarter de son application les sociétés à responsabilité limitée. La Cour de cassation rappelle l'application « *d'un mécanisme applicable à la société in bonis, ce qui ne fait que traduire la continuité des mécanismes sociaux sous le régime de la procédure collective* »¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁷ Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, n°988 : *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *Rev. Sociétés.*, 1995. 753, note JEANTIN (M.) ; *BRDA*, 1995, n°11, p. 5 ; *RJDA*, 10/95, n°1107 ; *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, note CALENDINI (J.-M.) ; *Deffrénois*, 1995, p. 961, obs. LE CANNU (P.) ; *JCP éd. E*, I, 513, n°9, obs. PETEL (P.), 816 ; Cass. Com., 26 mai 1999, n°97-14.865, *RJDA*, 8-9/99 n°948 ; *LPA*, 14 sept. 1995, n°74, note P. m.

¹⁹¹⁸ Sur cet arrêt : V. CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°144 et s., p. 116 et s.

¹⁹¹⁹ C. Com. Art. L. 228-28 : « *L'actionnaire défaillant, les cessionnaires successifs et les souscripteurs sont tenus solidairement du montant non libéré de l'action* ».

¹⁹²⁰ V. note CALENDINI (J.-M.), sous Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, n°6.

Cette solution, applicable au liquidateur lors d'une liquidation judiciaire, semble transposable aux autres organes ayant la compétence de mettre en demeure l'associé défaillant, dans le cadre des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.

660. Le recours du cédant contre le titulaire actuel des actions. Ainsi, cette solidarité offre la possibilité à l'organe compétent de poursuivre le plus solvable de tous les propriétaires successifs des actions¹⁹²¹. Lorsque c'est le cédant qui est appelé à libérer l'apport, il disposera d'un recours contre les titulaires successifs, le débiteur définitif étant le titulaire des titres au moment de l'appel du non versé¹⁹²². Ce recours du cédant est légitime dès lors qu'en principe le prix de cession qu'il a reçu a été minoré pour tenir compte de la dette de libération transférée au cessionnaire.

661. L'absence de recours pour le titulaire actuel contre les cédants. L'alinéa 2 de l'article L. 228-28 du Code de commerce dispose que « *la charge définitive de la dette incombe au dernier d'entre eux* », ce qui suppose que malgré le paiement de la dette de libération de l'apport au cédant par le titulaire, celui-ci resterait redevable envers la société¹⁹²³.

Il serait pourtant légitime que le titulaire actuel ait un recours contre ses prédécesseurs, comme le cédant. Madame Cerati-Gauthier pose alors la question de ce recours pour l'associé titulaire des titres contre les anciens cessionnaires¹⁹²⁴. Sur cette question, la jurisprudence est partagée. Un premier arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 janvier 1991¹⁹²⁵ a retenu que le dernier titulaire des actions ne disposait pas d'un tel recours contre les cédants, dans la mesure où il avait consenti l'achat de ses parts sociales non libérées et donc assumé le fait d'en payer la libération. Alors qu'un autre arrêt de la même cour d'appel du 19 janvier 1993 leur a reconnu un droit de recours¹⁹²⁶. Madame Cerati-Gauthier objecte, que cette dernière solution favorable au dernier titulaire ne transparaît pas de l'article L. 228-28 du Code de commerce¹⁹²⁷. C'est normalement sur lui que repose la dette d'apport.

¹⁹²¹ En ce sens : note CALENDINI (J.-M.), sous Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, n°6.

¹⁹²² LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°664, p. 483 ; V. CA Paris, 10 janv. 1991, *BJS*, 1991, p. 301, note TRASSARD (P.) ; *D.*, 1991, IR, p. 84.

¹⁹²³ CA Paris, 19 janv. 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 569, note LEPELTIER (D.).

¹⁹²⁴ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°150 et s., p. 120.

¹⁹²⁵ CA Paris, 10 janv. 1991, *BJS*, 1991, p. 301, note TRASSARD (P.) ; *D.*, 1991, IR, p. 84.

¹⁹²⁶ CA Paris, 19 janv. 1993, *BJS*, 1993, p. 569, note LEPELTIER (D.).

¹⁹²⁷ Madame Cerati-Gauthier conseille alors de prévoir avec le cédant une clause de garantie de passif prévoyant la prise en charge par le cédant de la fraction non libérée de l'apport : CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, p. 125, n°153.

Le titulaire actuel de l'action reste le débiteur principal de la dette d'apport¹⁹²⁸, même si les associés cédants peuvent être impliqués. La dette d'apport est donc transmise avec les titres à chaque cessionnaire successif¹⁹²⁹. Les cédants ne sont pas pour autant dégagés de tout paiement, ils devront en effet payer la dette d'apport en cas d'insolvabilité du titulaire actuel, puisqu'ils sont débiteurs solidaires de l'obligation de libération de l'apport.

662. Les limites à la solidarité de la dette d'apport. Deux limites permettent d'atténuer l'application de cette obligation solidaire.

Les organes de la procédure collective peuvent poursuivre n'importe lequel des associés s'étant trouvé redevable de la dette d'apport, qu'il soit ancien ou actuel, mais dans la limite de deux ans suivant la cession du titre¹⁹³⁰. Passé ce délai de deux ans, les actionnaires anciens seront définitivement libérés de cette dette¹⁹³¹. Si le délai de deux ans n'est pas arrivé à son terme, le mandataire ou le liquidateur poursuivra naturellement l'associé le plus solvable. Celui-ci aura alors une action récursoire contre les autres propriétaires successifs¹⁹³².

Cependant, il ne s'agit que d'une *garantie solidaire*¹⁹³³, car la dette pèsera toujours principalement sur le porteur actuel. L'obligation principale pèse logiquement sur le détenteur actuel des titres, dès lors que, on peut l'imaginer, il a pu déduire la dette de la libération du prix d'achat des titres.

663. L'associé ne pourra donc pas toujours échapper au paiement de sa dette par une cession de ses actions ou par l'exercice d'un droit de retrait, si le porteur actuel n'est pas en mesure de payer la dette de libération de l'apport. Cette solidarité légale entre les porteurs successifs est donc plus une mesure de sûreté au bénéfice de la société créancière.

b - L'action contre les anciens titulaires des parts sociales non libérées

664. Si un associé a cédé des parts sociales non libérées, alors l'action de l'organe judiciaire à son égard dépendra de la décision de la société sur cette cession de dette. Deux options s'offrent à la société créancière, soit elle autorise la cession de la dette, ce qui libérera

¹⁹²⁸ CA Paris, 10 janv. 1991, *BJS*, 1991, p. 301, § 92, note TRASSARD ; *D.*, 1991, IR, p. 84.

¹⁹²⁹ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. 1996 Paris I, n°49, p. 27.

¹⁹³⁰ V. CA Paris, 10 janv. 1991, *BJS*, 1991, p. 301, § 92, note TRASSARD ; *D.*, 1991, IR, p. 84 ; CA Paris, 2 avril 1979, *BJS*, 1979, p. 288, § 143.

¹⁹³¹ CA Versailles, 6 juin 1996, *JCP éd. E*, 1996, 851 ; *RJDA*, 1997, n°221. À condition que la cession soit nécessaire et qu'elle n'ait pas été faite pour masquer un dessaisissement illicite : T. Com. Colmar, 20 janv. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938, 1. 561.

¹⁹³² La charge définitive de la dette incombant au propriétaire actuel.

¹⁹³³ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris I, coll. Dr. Affaires, Economica, préface de GUYON (Y.), 1996, n°49, p. 27.

définitivement l'ancien associé, soit elle décide de ne pas l'approuver et, dans ce cas, l'associé ancien demeurera solidaire du paiement de la dette en cas de défaillance du titulaire actuel des parts sociales.

665. La cession des parts sociales non libérées. La jurisprudence limite l'application de l'article L. 228-28 du Code de commerce applicable aux seules sociétés commerciales émettrices d'actions¹⁹³⁴. Cette application de l'article L. 228-28 du Code de commerce à une société à responsabilité limitée est exclue par le texte lui-même qui fait référence aux « *actionnaires* » et aux « *actions* » plutôt qu'aux « *associés* » ou aux « *titres de sociétés* »¹⁹³⁵. La Cour de cassation a refusé l'extension de cette solution aux porteurs de parts sociales dans un arrêt du 9 mars 2010¹⁹³⁶. Il convient alors de s'interroger sur les conséquences d'une cession de parts sociales non intégralement libérées par l'associé d'une société à responsabilité limitée. On s'interroge alors sur la personne qui est redevable de la libération de l'apport, est-ce le cessionnaire ou le cédant des titres ? Certains auteurs supposent que c'est « *celui qui a la qualité d'associé au moment de l'appel des fonds* »¹⁹³⁷ qui est seul redevable de la libération de l'apport. Cette solution paraît naturelle, c'est en effet vers lui que va se tourner l'organe dirigeant si la société est *in bonis* ou l'organe judiciaire si la société est en procédure collective.

666. La transmission de la dette en droit des obligations. En l'absence de disposition spécifique dans le droit des entreprises en difficulté et le droit des sociétés, il faudra se référer à la convention de cession des parts sociales et subsidiairement au droit des obligations. Le fait de considérer que l'associé puisse céder son obligation de libérer l'apport, revient à envisager la possibilité d'une cession de dette, dans la mesure où la libération de l'apport est simplement l'exécution d'une dette de l'associé envers la société.

Avant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations¹⁹³⁸, les obligations étaient difficilement transmissibles, au moins passivement¹⁹³⁹. Si la cession de créance était admise, aucun texte ne semblait admettre la transmission d'une dette avant la réforme du 10 février 2016¹⁹⁴⁰. D'autres mécanismes permettaient de contourner cette

¹⁹³⁴ Cass. Com., 9 mars 2010, n°09-13.453.

¹⁹³⁵ De même que pour une société civile : V. Note GARÇON (J.-P.), CA Lyon, ch. Civ. 1^{re} sect., 9 juin 2005, n°04-02.345, *SCP Benard-Flechet c/ SCI Le grillon d'or*, BJS, 1 avr. 2006, n°4, p. 541.

¹⁹³⁶ Cass. Com., 9 mars 2010, n°09-13.453.

¹⁹³⁷ CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.), *Sociétés commerciales*, Mémento, pratique Francis Lefebvre, éd. 2021, n°34081, p. 554.

¹⁹³⁸ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁹³⁹ MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd. 1998, n°15, p. 9.

¹⁹⁴⁰ *Contra* : ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », RTD Civ., 2011, n°7.

impossibilité, comme la délégation¹⁹⁴¹, où un autre débiteur avait l'obligation de s'acquitter d'une dette. Cependant, elle n'était que la conséquence de l'obligation¹⁹⁴².

C'est ce que considérait la jurisprudence¹⁹⁴³ qui interdisait notamment les cessions de dettes isolées¹⁹⁴⁴. L'interdiction était en partie légitime, comme le précise le professeur Rouvière¹⁹⁴⁵ : « *l'assiette de la garantie est constituée par l'ensemble des biens meubles et immeubles, présents et futurs si bien qu'admettre la cession de dette pure et simple reviendrait à modifier ipso jure l'assiette de la garantie. Pour le dire autrement, toute cession de dette isolée modifie la portée des droits du créancier : voilà pourquoi on ne saurait l'admettre sans son consentement. Toute cession de dette isolée, c'est à dire qui ne prévoit aucune contrepartie, modifie ce que la loi a désigné comme le gage commun des créanciers* »¹⁹⁴⁶. En effet, la cession des dettes isolées modifie le patrimoine sur lequel le créancier peut agir. L'interdiction s'expliquait ainsi par la modification des biens sur lesquels le créancier avait un droit d'agir en cas d'inexécution. Depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations¹⁹⁴⁷, la loi a dépersonnalisé l'obligation et permis cette cession des dettes entre deux patrimoines. Désormais, la cession des dettes est admise par le Code civil avec les articles L. 1327 à L. 1328-1 du Code civil. L'obligation se réduirait ainsi à un rapport entre deux patrimoines et l'existence de la dette serait ainsi indépendante des sujets. Elle est distincte de son objet dans la mesure où elle peut être cédée. Comme le précise madame Freleteau dans sa thèse : « *Il ne s'agit pas de nier la dimension de lien entre deux personnes, mais de mettre en lumière l'élément véritablement déterminant de l'obligation, à savoir la prestation. Ce qui distingue l'obligation et constitue son critère propre c'est son aspect économique, le bien transmissible qu'elle représente* »¹⁹⁴⁸.

Sous l'angle de la participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, il faudrait convenir que cette obligation s'éteint pour le cédant avec la cession et qu'elle naît pour le cessionnaire avec l'acquisition du titre. Cette obligation serait donc étroitement liée à la propriété du titre de capital et confirmerait que le recours contre les porteurs précédents organisé par l'article L. 228-28 du Code de commerce n'est qu'une mesure de sûreté en faveur

¹⁹⁴¹ C. Civ. Art. 1336 à 1340.

¹⁹⁴² BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, n°504, p. 171.

¹⁹⁴³ V. ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », RTD Civ., 2011, p. 1.

¹⁹⁴⁴ Même si le professeur Rouvière remarque que l'interdiction n'est jamais directe, mais par l'utilisation de différents moyens permettant de priver cette opération d'efficacité : ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », RTD civ., 2011, p. 1.

¹⁹⁴⁵ ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », RTD Civ., 2011, n°7.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁹⁴⁷ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁹⁴⁸ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°44, p. 40.

du paiement de la dette.

667. La solution transposée au contexte d'une procédure collective.

Néanmoins, dans le contexte d'une procédure collective, la possibilité d'une cession de la dette d'apport serait-elle bénéfique au sauvetage d'une société émettant des parts sociales ?

Au regard du droit des obligations et en l'absence de disposition du droit des entreprises en difficulté et du droit des sociétés sur cette question, la cession des dettes des articles L. 1327 à L. 1328-1 du Code civil semble être la solution à retenir. Le cessionnaire, qui a librement consenti à cette cession de dettes, serait alors seul tenu à l'obligation de libérer l'apport. Il faudrait néanmoins que la société donne son accord, conformément à la condition posée par l'article 1327 du Code civil, qui dispose qu'un « *débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette* ». Appliqué au cas d'une cession de parts sociales, l'associé pourrait être libéré de son obligation de libération sous réserve de l'accord de la société. Si la société ne donne pas expressément son accord, le cédant sera tenu solidairement au paiement de la dette, conformément à l'article L. 1327-2 du Code civil. Il s'agit alors d'envisager les deux possibilités, soit l'accord de la société créancière de l'apport, soit son désaccord, au regard des principes du droit des entreprises en difficulté.

668. L'acceptation de la cession de la dette d'apport par la société.

Lors d'une procédure collective, la société, qui mentionne expressément la possibilité pour l'associé de céder sa dette d'apport par la cession de ses parts sociales, modifiera le rapport contractuel. La modification du contrat d'apport se traduira par le changement de débiteur mais également par le changement du gage qui garantit la créance de la société. On peut donc se trouver confronté à un cessionnaire insolvable et sans recours contre ses prédécesseurs, situation préjudiciable à la société mais également aux créanciers de celle-ci. Le droit de l'associé de céder son obligation de libération porterait ainsi atteinte aux intérêts des créanciers¹⁹⁴⁹. Le consentement des créanciers à la cession ou plutôt celui du mandataire judiciaire ne doit-il pas être envisagé dans cette situation de cession de la dette de libération ? Leur consentement à la cession ne semblerait pas pour autant légitime, car les associés demeurent propriétaires de leurs titres et du droit d'en disposer comme il le souhaite et cela indépendamment du fait qu'ils aient ou non libéré leurs apports.

Malgré ce risque présent pour les créanciers, cette cession des dettes présente un avantage pour le sauvetage de l'entreprise. L'admission d'une cession de la dette de libération de l'apport

¹⁹⁴⁹ SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, th., T. 59, Litec, coll. bibl. Dr. Ent., 2002.

permet de favoriser les cessions de titres. L'associé cédant n'a pas à faire l'effort d'une participation financière avant d'envisager sa sortie de la société. C'est alors que le cessionnaire qui viendra libérer l'apport. Cette solution a le mérite de la souplesse. De plus, elle présente des risques limités, dès lors qu'elle dépend d'un contrat et donc du consentement des deux parties et certainement pas du consentement du juge à la cession de cette dette.

Il est notable qu'habituellement les dispositions du droit des entreprises en difficulté imposent à l'associé, préalablement à la cession, de s'acquitter de ses obligations, pour favoriser l'entrée d'un tiers. Bien sûr la cession pourra être faite à un associé déjà présent, mais dans le cas d'une cession de parts sociales à un repreneur externe, cette mesure pourrait être en désaccord avec la logique du droit des entreprises en difficulté. En effet, l'article L. 631-9-1 du Code de commerce impose à l'associé la reconstitution préalable des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social afin de favoriser l'entrée d'un tiers. Dans l'hypothèse d'une cession de la dette d'apport, avec le consentement de la société, c'est le repreneur qui devra libérer l'apport qui a été souscrit par le cédant. En pratique, il sera difficile de trouver un repreneur souhaitant accepter le paiement de la dette d'un autre, sauf à diminuer corrélativement la valeur de ces parts sociales.

669. Le refus de la cession de la dette d'apport par la société. Au regard de l'article 1327 du Code civil, si la société, entendue comme la créancière de la dette d'apport, ne donne pas expressément son accord à la cession de cette dette, alors l'associé cédant sera tenu solidairement du paiement de la dette. Cette solution est semblable à celle adoptée par l'article L. 228-28 du Code de commerce pour les sociétés commerciales émettant des actions. La solidarité entre cédant et cessionnaire des parts sociales pour le paiement de la dette confère plus de sécurité aux créanciers. De plus, cette solidarité conforte la volonté du législateur de faire participer l'associé au financement de l'entreprise. Ce mécanisme de débiteurs solidaires est ainsi une sûreté, il permet donc d'assurer le paiement dû à la personne morale et de faciliter la cession des titres. Ce maintien de la dette d'apport chez les associés cédants pourrait être vu comme une subsistance du devoir de secours au-delà de la perte de la qualité d'associé. Néanmoins, alors que le porteur actuel reste le redevable final de la libération, postérieurement à la mise en œuvre d'action récursoire, il faut conclure que l'ancien associé n'est pas engagé par les organes de la procédure sur le fondement du devoir de secours.

670. En conclusion, lorsque l'associé cédant était membre d'une société commerciale émettant des actions, il ne peut échapper à son obligation de libérer l'apport malgré le fait qu'il ait cédé ses titres. Il faut en déduire que l'obligation de secours ne pèse pas seulement à raison

de la propriété des titres, mais également à raison de la qualité d'associé ancien ou actuel. La subsistance de l'obligation de libérer l'apport au-delà de la cession, plaide en faveur d'un devoir, propre à chaque associé de participer au financement de la société en difficulté. Cette affirmation comporterait une exception, puisqu'elle ne s'applique pas au cas particulier des sociétés émettant des parts sociales, dès lors que cette société aurait consenti à la cession de la dette d'apport. Dans cette unique hypothèse l'associé ancien pourra alors échapper à son obligation de participer au sauvetage de l'entreprise. Dans tous les autres cas, l'organe judiciaire pourra contraindre tous les associés anciens à libérer leurs apports.

2 - L'action des organes judiciaires contre tous les associés

671. Contrairement à ce qu'avait affirmé une jurisprudence ancienne¹⁹⁵⁰, les organes de la procédure ne devraient pas pouvoir agir de façon inégalitaire, déchargeant de cette obligation une partie des souscripteurs. De sorte que tous les associés sont soumis à une obligation de secours.

672. L'interdiction faite à l'organe judiciaire de libérer l'associé débiteur. L'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995 précité¹⁹⁵¹ présente également un attendu surprenant¹⁹⁵². Les magistrats admettent que « *le liquidateur substitué aux organes sociaux de celle-ci, était en droit d'exiger de certains souscripteurs qu'ils libèrent totalement leurs actions, dès lors qu'aucune échéance n'avait été fixée par les dirigeants, sans avoir à justifier de l'appel des fonds auprès de tous les actionnaires* ». Ainsi, la Cour de cassation a reconnu aux organes de la procédure la faculté de ne procéder à l'appel de l'apport non libéré qu'à l'encontre de « *certaines souscripteurs* », ce qui suppose que certains débiteurs seraient privilégiés. Cette solution avait été reprise d'une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation¹⁹⁵³. Par voie de conséquence, lorsque les associés n'auront

¹⁹⁵⁰ Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, n°988 : *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *Rev. Sociétés.*, 1995. 753, note JEANTIN (M.) ; *BRDA*, 1995, n°11, p. 5 ; *RJDA*, 10/95, n°1107 ; *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, note CALENDINI (J.-M.) ; *Defrénois*, 1995, p. 961, obs. LE CANNU (P.) ; *JCP éd. E*, I, 513, n°9, obs. PETEL (P.), 816 ; Cass. Com., 26 mai 1999, n°97-14.865, *RJDA*, 8-9/99 n°948 ; *LPA*, 14 sept. 1995, n°74, note P. m.

¹⁹⁵¹ Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, n°988 : *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *Rev. Sociétés.*, 1995. 753, note JEANTIN (M.) ; *BRDA*, 1995, n°11, p. 5 ; *RJDA*, 10/95, n°1107 ; *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, note CALENDINI (J.-M.) ; *Defrénois*, 1995, p. 961, obs. LE CANNU (P.) ; *JCP éd. E*, I, 513, n°9, obs. PETEL (P.), 816 ; Cass. Com., 26 mai 1999, n°97-14.865, *RJDA*, 8-9/99 n°948 ; *LPA*, 14 sept. 1995, n°74, note P. m.

¹⁹⁵² En ce sens : CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°154, p. 125.

¹⁹⁵³ Cass. Civ., 20 oct. 1886, DP 1887.I.85 ; Cass. Req. 1^{er} mai 1907, DP 1907. I.373.

prévu aucun échéancier, les organes de la procédure auraient un pouvoir discrétionnaire sur les associés défailants.

Pour autant, cette distinction entre les actionnaires ne porte-elle pas atteinte au principe d'égalité des associés et à l'article 1832 du Code civil qui dispose que tout associé est obligé de faire un apport et de contribuer aux pertes ? La question appelle une réponse affirmative, cette discrimination qui pourrait être faite par le mandataire ou le liquidateur irait bien sûr à l'encontre du principe d'égalité des associés¹⁹⁵⁴. Aucune exception à ce principe ne semble applicable à cette situation pour légitimer cette inégalité. Cette distinction ne semble ni répondre à une cause d'intérêt général¹⁹⁵⁵, ni à une situation particulière nécessitant un traitement différencié des associés¹⁹⁵⁶.

Au contraire, cette discrimination entraînerait pour les créanciers un sacrifice non justifié. De plus, la perte de cette créance pour la société va à l'encontre de la mission de défense des intérêts des créanciers dévolus au droit de la défaillance. Cette carence « sélective » des organes de la procédure dans le recouvrement du capital non libéré, amoindrirait le crédit de la société et serait incontestablement contraire aux objectifs du droit des entreprises en difficulté¹⁹⁵⁷.

Il est permis de penser que le liquidateur dont l'action est gouvernée par l'intérêt de la société et des créanciers, engagerait sa responsabilité dans l'exercice d'une telle sélection¹⁹⁵⁸. Cette solution serait contraire au droit des sociétés, lequel prévoit une équité entre les associés¹⁹⁵⁹ et indique que « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* »¹⁹⁶⁰.

Alors, comment accepter que certains associés qui sont les premiers débiteurs de la société, en

¹⁹⁵⁴ En ce sens : CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos^o154 et s., p. 126.

¹⁹⁵⁵ V. notamment en ce sens la note de PETEL (P.), sous Cass. Com., 9 mai 1995, n^o92-14.195, n^o988, *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *Rev. Sociétés*, 1995, *JCP éd. E*, 1995, I, 513, n^o9.

¹⁹⁵⁶ CABRILLAC (M.), PETEL (P.), « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises », *JCP éd. E*, n^o50, 14 déc. 1995, 513, n^o22.

¹⁹⁵⁷ V. Notamment pour la procédure de sauvegarde : C. Com. Art. L. 620-1 : « *Cette procédure 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* ».

¹⁹⁵⁸ V. Note CALENDINI (J.-M.), sous Cass. Com., 9 mai 1995, n^o92-14.195, *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *BJS*, 1 sept. 1995, n^o9, p. 775, n^o6 ; Note LE CANNU (P.), sous Cass. Com., 26 mai 1995, n^o92-14.195, *Dejrénais*, 15 août 1995, n^o15-16, p. 961.

¹⁹⁵⁹ Le droit des sociétés prohibe notamment les clauses léonines qui privilégient certains associés au détriment d'autres, notamment si l'associé prend en charge la totalité des pertes. L'article 1844-1 du Code civil prévoit que : « *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* ».

¹⁹⁶⁰ C. Civ. Art. 1843-3.

tant que créancier hypochirographaires puissent disposer de certaines faveurs¹⁹⁶¹ ? L'associé débiteur fait peser sur les créanciers, parfois privilégiés, le risque de ne pas être remboursé. Cette distinction entre les apporteurs néglige gravement la notion d'obligation de secours pesant sur les associés de sociétés en difficultés qui se dégage des récentes évolutions du droit des procédures collectives. Disposant de la possibilité de distinguer entre les associés n'ayant pas libéré leurs titres de capital, le liquidateur pourrait ainsi choisir l'ordre des poursuites¹⁹⁶², bafouant de nombreux principes du droit des sociétés¹⁹⁶³ et du droit des entreprises en difficulté.

Une partie de la doctrine a indiqué qu'il y avait matière à relativiser cet attendu de la Cour de cassation du 9 mai 1995, en l'interprétant d'une manière restrictive¹⁹⁶⁴. Il faudrait alors comprendre que les associés « *ne pourraient se voir exonérer du seul fait que le liquidateur n'a pas [encore] poursuivi les autres actionnaires* »¹⁹⁶⁵. Le liquidateur pourrait alors agir par étape, en demandant d'abord à certains associés de libérer leurs apports, avant de le demander aux autres associés débiteurs. Une telle interprétation, certes raisonnable, ne convainc pourtant pas totalement si l'on se réfère à la formulation de l'attendu¹⁹⁶⁶.

L'attendu de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1995 laisse donc une place au doute, quant à son interprétation sur une libération de l'apport opposable à tous les associés. Néanmoins, au regard des enjeux de la libération de l'apport pour la procédure collective, il semble plus sage de minimiser la portée de cet arrêt, ou d'opter pour l'interprétation conduisant à la possibilité d'une demande de libération par étape.

673. En principe, l'associé ne peut échapper à son obligation de secours envers l'entreprise en difficulté, ni par la cession de ses titres, ni par la volonté de l'organe judiciaire de donner à certains souscripteurs la possibilité d'échapper à leur obligation. Le droit des

¹⁹⁶¹ On oublie trop souvent que les associés sont des créanciers de premier rang. BARBIERI (J.-F.), « L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés » in *Annale de l'université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 233.

¹⁹⁶² Sauf si les statuts prévoient un recours égalitaire.

¹⁹⁶³ Ce qui reste quand même incompatible avec le principe de l'égalité des associés, mais plus acceptable à l'aune du droit des sociétés. JEANTIN (M.), « L'exigibilité du versement de la fraction du capital non-versé, lors de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1995, p. 753, n°2.

¹⁹⁶⁴ Sur cette interprétation : Note JEANTIN (M.), Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *Rev. Sociétés*, 1995, 753 ; Note CALENDINI (J.-M.), *RJDA*, 10/95, n°1107 ; *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775 ; Note LE CANNU (P.), *Defrénois*, 1995, p. 961 ; *JCP éd. E*, I, 513, n°9, obs. PETEL (P.), 816 ; CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°156 et s., p. 127 et s.

¹⁹⁶⁵ CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°156 et s., p. 127 et s.

¹⁹⁶⁶ Sur ces doutes, voir notamment la note de CALENDINI (J.-M.), sous Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, n°6 ; note LE CANNU (P.), *Defrénois* 1995, p. 961.

entreprises en difficulté et la jurisprudence demeurent donc très rigoureux à l'égard de la contribution des associés pour le rétablissement de la société. Plusieurs sanctions pourront ainsi être ordonnées à l'encontre de l'associé récalcitrant.

§ II - La sanction de l'associé défaillant lors d'une procédure collective

674. Après mise en demeure par les organes de la procédure collective, si l'associé refuse ou est dans l'incapacité de libérer son apport, plusieurs sanctions pourront lui être infligées. En l'absence de disposition en droit des procédures collectives, c'est le droit commun et le droit des sociétés qui seront appliqués, dans la mesure où ces sanctions restent adaptées au contexte des procédures collectives (A). En outre, l'associé qui refuserait la reconstitution des capitaux propres agirait alors contre l'intérêt de la société et pourrait donc être sanctionné pour abus de droit (B).

A) La sanction de l'associé opposant à la libération de l'apport

675. Lorsqu'une procédure collective est ouverte, l'organe de la procédure doit dans un premier temps mettre en demeure l'associé d'avoir à libérer sa part de capital, conformément à l'article L. 622-20 alinéa 2 du Code de commerce. Si cette démarche demeure infructueuse au-delà d'un mois, l'associé sera considéré comme *défaillant*. Comme le souligne justement le professeur Saint-Alary-Houin, le droit des procédures collectives ne prévoit aucune sanction pour l'associé qui ne respecterait pas ses obligations financières¹⁹⁶⁷. Il convient alors de se référer aux dispositions du droit commun et du droit des sociétés¹⁹⁶⁸. *Quid* de leur efficacité lorsque l'entreprise est en difficulté ? Les sanctions pourront diverger en fonction de la solvabilité de l'associé (1) ou de l'insolvabilité de celui-ci (2).

¹⁹⁶⁷ En ce sens : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La réforme des plans de redressement », *LPA*, 14 sept. 1994, n°14, p. 108 ; V. également en ce sens : CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.), *Sociétés commerciales*, Mémento pratique, Francis Lefebvre, éd. 2021, n°91308, p. 1781.

¹⁹⁶⁸ CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.), *Sociétés commerciales*, Mémento pratique, Francis Lefebvre, éd. 2021, n°91.308, p. 1781.

1 - La sanction de l'associé solvable

676. L'engagement pris par l'associé de faire un apport peut le soumettre à une exécution forcée en cas de refus, voire au paiement de dommages et intérêts à raison du préjudice qu'il aura causé à la personne morale.

677. L'action en paiement. Il faut préciser que l'exigibilité ne dépend pas de la certitude de l'accomplissement de l'obligation, ou de sa disponibilité¹⁹⁶⁹. Peu importe que l'associé soit solvable ou non. Les apports qui constituent le capital doivent être entièrement libérés. L'apport doit en effet être sérieux, à défaut on parlera d'apport fictif¹⁹⁷⁰. Il en résulterait un préjudice pour la société qui perdrait un financement, pour les associés dont le bien aurait une valeur amoindrie, mais aussi pour les créanciers qui auraient été trompés sur leur garantie. Dans le droit commun, plusieurs sanctions sont prévues à l'encontre de l'associé solvable qui refuserait de libérer son apport. Une action en recouvrement pourrait notamment être mise en œuvre sur le fondement de l'alinéa 6 de l'article 1843-3 et l'article R. 228-26 du Code civil¹⁹⁷¹. On peut alors s'interroger sur la nature de l'obligation de libération. Avant l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹⁷², l'apport en numéraire constituait une obligation de donner¹⁹⁷³. Le manquement à cette obligation de libérer l'apport pouvait dès lors être sanctionné par l'exécution forcée. Depuis la réforme du droit des contrats, il faut désormais se référer à l'article L. 1221 du Code civil, qui dispose que : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ». En se fondant sur ce texte, la société créancière de la dette d'apport pourrait demander l'exécution forcée de la libération de l'apport souscrit.

La première réserve concerne les situations où est constatée une impossibilité pratique de

¹⁹⁶⁹ GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., préface de OPHELE (C.), 2006, n°24, p. 30.

¹⁹⁷⁰ GERMAIN (M.), *Synthèse – Contrat de société : éléments constitutifs*, Juris. Cl., Fasc., 17 juillet 2008, n°32.

¹⁹⁷¹ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°664, p. 483 ; Pour des exemples jurisprudentiels : Cass. Com., 15 juill. 1992, n°90-17.754, *Rev. Sociétés*, 1993, 103, note BARBIERI (J.-J.) ; Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, n°988 : *Tambour c/ Mizon ès-qual*, *Rev. Sociétés*, 1995, 753, note JEANTIN (M.) ; *BRDA*, 1995, n°11, p. 5 ; *RJDA*, 10/95, n°1107 ; *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, note CALENDINI (J.-M.) ; *Defrénois*, 1995, p. 961, obs. LE CANNU (P.) ; *JCP éd. E*, I, 513, n°9, obs. PETEL (P.), 816 ; Cass. Com., 26 mai 1999, n°97-14.865, *RJDA*, 8-9/99 n°948 ; *LPA*, 14 sept. 1995, n°74, note P. m. ; CA Paris, 29 oct. 1994, *Bull. Joly*, 1994, §17, p. 91, note COURET (A.).

¹⁹⁷² Ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁹⁷³ Sur la qualification de l'obligation de donner pour un apport en numéraire : V. en ce sens BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport. Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., éd. Panthéon Assas, préface de GERMAIN (G.), 2011, n°60, p. 60.

L'exécution forcée¹⁹⁷⁴. La seconde tiendrait à une exécution forcée qui contraindrait trop la liberté individuelle du débiteur¹⁹⁷⁵. Aucune de ces deux réserves ne semble devoir s'appliquer à la libération de l'apport par l'associé. Ainsi, si l'associé-débiteur refuse de payer sa dette d'apport, il pourra s'y trouver contraint par une action en exécution forcée, action qui ne pourra se heurter qu'à la seule limite de la solvabilité de l'associé concerné¹⁹⁷⁶. Cette solution issue du droit commun des contrats paraît opportune et satisfaisante dans le contexte d'une entreprise en difficulté, où l'apport est voué au paiement des créanciers et au développement de l'entreprise.

Conformément à l'alinéa 5 de l'article L. 1843-3 du Code de commerce, l'associé sera de plein droit débiteur des intérêts de la somme qu'il avait promis d'apporter, et cela à compter du jour où cette somme devait être payée. L'exécution forcée du paiement de la dette de libération permettra à la société d'accroître ses fonds propres et d'améliorer sa situation financière. Si l'associé ne paye que partiellement sa dette, des délais peuvent être envisagés s'il n'a pas la capacité de libérer son apport¹⁹⁷⁷.

678. L'hypothèse d'une atteinte au principe d'*affectio societatis*. L'action en paiement contraint l'associé à s'acquitter de sa promesse d'apport et donc à conserver de force sa qualité d'associé de la société en difficulté. L'exécution forcée procure certes des fonds à la société, mais l'opération va néanmoins contraindre l'associé à assumer, éventuellement contre son gré, la qualité d'associé de l'entreprise en difficulté, heurtant le principe d'*affectio societatis* selon certains auteurs¹⁹⁷⁸. La perte de l'*affectio societatis* pourrait affecter le contrat de société dont il est une condition de validité¹⁹⁷⁹. La société repose sur la volonté des parties de partager les profits et les risques. L'*affectio societatis* conditionne toutefois la formation du contrat avant d'être une condition à son exécution¹⁹⁸⁰. Il a été démontré que même si l'*affectio societatis* disparaît,

¹⁹⁷⁴ Par exemple lorsque l'associé ne disposera plus du bien qu'il a promis d'apporter.

¹⁹⁷⁵ DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, rendu public le 25 février 2015*, Dalloz, 2015, p. 128.

¹⁹⁷⁶ Sur l'exécution forcée et la nullité de la société pour non-exécution de libération d'un apport en nature sous le régime de la loi de 1966 : Cass. Com., 28 juin. 1976, *Rev. Sociétés*, 1977, p. 237, note J.-H ; DANA-DEMARET (S.), *Le capital social*, th., Litec, préface de REINHARD (Y.), 1989, p. 143.

¹⁹⁷⁷ Sur les conséquences de la défaillance d'un associé ou actionnaire : CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.), *Sociétés commerciales*, Mémento pratique, Francis Lefebvre, éd. 2021, nos°67920, p. 1260.

¹⁹⁷⁸ MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. Paris 1, Bibl. Dr. Affaires, Economica, préface de GUYON (Y.), 2004, n°42, p. 43 ; GUYON (Y.), *Traité des contrats : Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°35.

¹⁹⁷⁹ GUYON (Y.), *Affectio Societatis*, *Juris. Cl.*, Fasc. 20-10, 21 sept 2016, n°32.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*

l'associé défaillant n'est pas dispensé de s'acquitter de sa dette d'apport¹⁹⁸¹. Le cas échéant, l'associé est alors considéré comme débiteur envers la société de l'engagement d'apport auquel il a librement consenti¹⁹⁸².

L'opinion de ces auteurs plaçant pour une possible violation de l'*affectio societatis* paraît de plus infondée, l'associé contraint à la libération de son apport n'étant pas pour autant prisonnier de la société, puisqu'il dispose de plusieurs recours pour sortir de la société. Rien n'empêche notamment l'associé de céder ses droits sociaux.

On peut néanmoins craindre que l'associé ainsi contraint et dont l'*affectio societatis* serait entachée, utilise son droit de vote pour mettre en échec un éventuel plan de continuation. L'action en paiement est pleinement légitimée par le contrat de société et l'obligation de l'associé à l'égard de la personne morale¹⁹⁸³. Il convient d'arbitrer d'une part, l'intérêt financier de cette libération pour la société, et d'autre part, le danger pouvant résulter de l'hostilité de cet associé contraint. La solution de la cession des titres de l'associé défaillant à la société permettrait de concilier les deux objectifs.

679. L'octroi de dommages et intérêts. L'associé défaillant peut en toutes hypothèses voir sa responsabilité engagée pour avoir causé un préjudice à la société¹⁹⁸⁴. Ainsi, des dommages et intérêts peuvent être alloués à la société si le capital n'est pas libéré et que ce fait cause un préjudice à la société¹⁹⁸⁵. Cette responsabilité de l'associé débiteur est implicitement exprimée à l'article L. 1843-3 alinéa 5 du Code civil : « *L'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de plus amples dommages-intérêt, s'il y a lieu* ». Cet article institue en effet la possibilité d'une action en responsabilité contre l'associé défaillant. Dans le contexte d'une entreprise en difficulté, il faudra prouver que la faute de non libération de l'apport est à l'origine d'un préjudice pour la personne morale.

Cette sanction est mise en œuvre avec plus de rigueur que celle du droit commun de

¹⁹⁸¹ BESNARD GOUDET (R.), *Consentement des parties. - Promesse de société*, Juris. Cl., Fasc. 7-30, 25 avr. 2015, n°48 ; VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, p. 84, n°82.

¹⁹⁸² CA Paris, 10 mars 2004, n°02-11.747, *Perriot c/ Dhib Main Ben Hassine, Dr. Sociétés*, 2004, comm. 193, note MONNET (J.).

¹⁹⁸³ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, T. 1, collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, Economica, 1999, n°103, p. 26.

¹⁹⁸⁴ Sur la responsabilité civile des associés sur le fondement du droit commun : Cass. Com., 28 juin. 1976, *Rev. Sociétés*, 1977, p. 237, note J.-H. V. également : MICHA-GOUDET (R.), *La formation des sociétés*, th. Lyon, 1993, p. 298.

¹⁹⁸⁵ C. Civ. Art. 1843-3, al. 5.

l'inexécution contractuelle¹⁹⁸⁶. D'une part, car elle ne suppose aucune mise en demeure pour faire courir les intérêts moratoires et d'autre part « *les dommages et intérêts peuvent être accordés même en l'absence de mauvaise foi du débiteur* »¹⁹⁸⁷. Il y a ici une démonstration de la volonté du législateur d'assurer une protection aux créanciers, mais également le financement nécessaire à l'activité de la société.

680. Ces différentes sanctions ne seront applicables qu'à l'associé défaillant solvable. D'autres sanctions doivent être envisagées à l'encontre de l'associé défaillant insolvable.

2 - La sanction de l'associé insolvable

681. En l'absence de capacité financière, d'autres sanctions pourront être infligées à l'associé défaillant, ne pouvant honorer son obligation de secours.

682. Les solutions issues du droit des sociétés. En l'absence de texte en droit des procédures collectives, la solution revient au dispositif du droit commun. En droit des sociétés, l'absence de paiement du montant du capital non-libéré peut entraîner plusieurs conséquences pour l'associé débiteur et pour l'entreprise sociétaire. Afin de garantir le fonctionnement de la société, le législateur a prévu un régime plus rigoureux que le régime de droit commun à l'encontre des débiteurs de sommes d'argent¹⁹⁸⁸.

683. La déchéance des droits de l'associé. À titre de sanction¹⁹⁸⁹, dans le cadre d'une société par actions et selon les conditions prévues par la loi, le juge pourra également prononcer la déchéance des droits attachés à la qualité d'associé¹⁹⁹⁰, comme son droit aux dividendes¹⁹⁹¹ ou son droit préférentiel de souscription applicable lors d'une augmentation de capital¹⁹⁹². L'associé défaillant pourrait également perdre son droit de vote¹⁹⁹³, ce qui priverait

¹⁹⁸⁶ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th., T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°435, p. 213.

¹⁹⁸⁷ MERLE (P.), FAUCHON (A.) (Collab.), *Droit commercial, sociétés commerciales*, coll. précis Dalloz, Dalloz, 24^{ème} éd. 2020-2021, n°39, p. 53.

¹⁹⁸⁸ BESNARD-GOUDET (R.), *Actions. – Obligation de paiement du non-versé*, Juris. Cl., Fasc. 1855, 21 févr. 2016, nos^o50 et s. ; MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. Paris 1, préface de GUYON (Y.), 2004, n°30, p. 35.

¹⁹⁸⁹ Sur cette idée sanction lors de la privation du droit de vote pour non paiement de la dette d'apport exigible : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°46, p. 56.

¹⁹⁹⁰ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°664, p. 483.

¹⁹⁹¹ C. Com. Art. L. 228-29, al. 2.

¹⁹⁹² C. Com Art. L. 228-29, al. 2 et C. Com. Art. R. 228-26 ; V. GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris, collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, Economica, 1999, n°49, p. 27.

¹⁹⁹³ C. Com. Art. L. 228-29, al. 1 ; V. LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., T. 379, L.G.D.J., 2002, n°48, p. 58.

également cet associé de toute convocation aux assemblées¹⁹⁹⁴. La privation du droit de vote à titre de sanction semble admise par une partie de la doctrine¹⁹⁹⁵. Plus qu'une sanction, on peut appréhender cette privation des droits de l'associé défaillant comme une application de l'exception d'inexécution¹⁹⁹⁶, concept qui avait été suivi par la Cour de cassation¹⁹⁹⁷. Néanmoins, cette privation du droit de vote concernait une société *in bonis*.

Fonder la privation du droit de vote sur une exception d'inexécution du contrat d'apport conduit à admettre que le droit de vote est une obligation de l'associé due à la société. Ce qui ne semble pas être fondé. Le droit de vote est un droit et non une obligation. Il paraît donc plus juste de voir dans la privation du droit de vote une sanction.

Plus largement, la question peut être posée de la légitimité du droit de vote d'un associé qui a négligé de libérer l'apport souscrit.

En droit des sociétés, le droit de vote n'est pas conditionné par la libération de l'apport. Déjà sous la loi du 13 novembre 1933, il était précisé que : « *le droit de vote attaché aux actions est obligatoirement proportionnel à la quotité du capital souscrit qu'elles représentent respectivement* »¹⁹⁹⁸. C'était ainsi l'engagement financier, au sens large, et non la libération du capital, qui conditionnait le droit de vote¹⁹⁹⁹. De nos jours, bien que le législateur ait prévu une privation de droit de vote de l'actionnaire n'ayant pas libéré son apport, celle-ci n'est applicable qu'après l'expiration d'un certain délai fixé par décret en Conseil d'État à compter de la mise en demeure adressée à l'actionnaire défaillant²⁰⁰⁰. De plus, dans la mesure où la loi autorise un fractionnement de la libération de l'apport, il était nécessaire de laisser à l'associé l'exercice de son droit vote. Cette faveur accordée à l'associé est en cohérence avec les efforts du législateur pour favoriser la

¹⁹⁹⁴ Cela prive donc ces associés défaillants de participer aux assemblées. Il convient également de préciser que cette sanction n'aura pas pour conséquence de paralyser la société en difficulté, dans la mesure où ces actions ne seront pas comptabilisées dans le calcul du quorum et de la majorité. V. en ce sens article C. Com. Art. L. 228-29, al. 1 et C. Com. art. R. 228-26.

¹⁹⁹⁵ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°46, p. 56 ; note CORDONNIER (P.), sous Cass. Civ., 7 avr. 1932, *D.*, 1933, 1, p. 153 ; HOUPIN (C.), BOSVIEUX (H.), *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 7^{ème} éd. 1932, p. 1271, n°1132.

¹⁹⁹⁶ WAHL (A.), « Des restrictions statutaires apportées à la désignation des administrateurs ou des commissaires de surveillance et au droit de voter dans les assemblées de sociétés anonymes », *Journal des sociétés*, 1913, p. 337.

¹⁹⁹⁷ Cass. Civ., 26 oct. 1943, *D.*, C. 1944, p. 93, note CHERON (A.) ; *Journal des sociétés*, 1945, p. 45, note BOSVIEUX (H.).

¹⁹⁹⁸ « *Dans les assemblées des actionnaires, le droit de vote attaché aux actions est obligatoirement proportionnel à la quotité du capital souscrit qu'elles représentent respectivement...* » : Art. 1^{er}, al. 1^{er} de la loi du 13 novembre 1933.

Cette formule impropre, de « *capital souscrit* », a été modifiée par le législateur (J.O., déb. Ass. Nat., 9 juin 1965, p. 1886 ; HEMARD (J.), TERRE (J.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, 3 tomes, Dalloz, T. 1, préface de FOYER (J.), T. 2, 1972, n°185, p. 165). Il était en effet maladroit de parler de « *capital souscrit* », dans la mesure où seules les actions en numéraire peuvent être souscrites. Le terme de « *souscrit* » impliquait donc une distinction entre les apports en numéraire et les autres apports, ces derniers ne pouvant être dissociés de tout droit de vote.

¹⁹⁹⁹ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°12, p. 27.

²⁰⁰⁰ C. Com. Art. L. 228-29.

création d'entreprise en différant le moment de l'exigibilité de la dette d'apport.

En droit des entreprises en difficulté, le défaut de libération de l'apport souscrit, ne prive pas l'associé de son droit de vote. Toutefois, dans le cadre d'une société par actions, si la mise en demeure du mandataire reste infructueuse pendant un délai de 30 jours, alors ce mandataire pourra priver l'actionnaire de ses droits politiques sur le fondement de l'article L. 228-29 du Code de commerce.

Pour le législateur, les droits de l'associé pèsent peu, confrontés au sauvetage de l'entreprise. La sanction du défaut de libération prévue par le droit des sociétés est conforme à l'esprit des récentes réformes qui cherchent à impliquer l'associé dans le sauvetage, voire à l'évincer de la société afin qu'il ne fasse pas échec à son rétablissement.

684. La mise en vente des titres non libérés. Enfin, le droit des sociétés prévoit également à l'encontre des actionnaires, la possibilité de mettre en vente les titres non libérés de l'apporteur défaillant²⁰⁰¹. L'article L. 228-27 du Code de commerce n'est cependant applicable qu'aux sociétés par actions. La société peut procéder, un mois après la mise en demeure restée sans effet²⁰⁰², sans aucune autorisation de justice, à la vente des actions d'un apporteur défaillant²⁰⁰³. Pour autant, l'actionnaire défaillant demeure débiteur de la dette d'apport et peut être poursuivi conformément au droit des sociétés pendant une durée de cinq ans²⁰⁰⁴. À compter de la vente, il perdra tous les droits attachés à la qualité d'actionnaire²⁰⁰⁵. Cette sanction permettra d'évincer un actionnaire désintéressé ou incapable de participer au redressement, au profit d'un repreneur plus investi. D'un point de vue juridique, cette exclusion de l'apporteur défaillant paraît justifiée au regard du contrat de société, l'associé contractant n'ayant pas respecté les conditions d'entrée dans la société²⁰⁰⁶. Cette exclusion semble possible,

²⁰⁰¹ Cette vente pourra intervenir selon les dispositions du droit commun des sociétés, dans un délai inférieur à moins de 45 jours après la mise en demeure de l'associé ou actionnaire défaillant. Conformément à l'article 228-27 du Code de commerce.

²⁰⁰² Normalement c'est la société qui met en demeure l'associé défaillant, mais dans le cadre d'une procédure collective, la compétence reviendra au mandataire.

²⁰⁰³ Selon l'article L. 228-27 du Code de commerce, si l'actionnaire n'agit pas dans le délai fixé par les organes compétents pour libérer le capital, la société pourra le mettre en demeure. Si celle-ci reste infructueuse durant un délai d'un mois. Elle pourra mettre en vente les titres de capital non-libéré. Pour des actions en Bourse, l'alinéa 2, explique que les titres seront mis en vente aux enchères publiques. On parlera alors d'*exécution en bourse*.

²⁰⁰⁴ C. Com. Art. L. 110-4.

²⁰⁰⁵ Il pourra donc conserver ses droits s'il verse le montant non-libéré avant la mise en vente de ses titres : BESNARD-GOUDET (R.), *Actions. – Obligation de paiement du non-versé*, Juris. Cl., Fasc. 1855, 21 févr. 2016, n°53.

²⁰⁰⁶ Peut-être que cette sanction n'est pas assez lourde. L'associé a pu profiter des bénéfices de la société et s'octroyer des dividendes. Est-ce que ce pillage de la société par cet apporteur défaillant, doit-il être uniquement sanctionné par une mise en vente des titres ? N'est-il pas plus juste de le contraindre à rembourser toutes les sommes qu'il a perçues ? Une action en responsabilité pourrait sur ce motif être fondée.

quelle que soit la procédure collective en cause. L'article 1224 du Code civil²⁰⁰⁷ peut également fonder l'éviction de l'associé défaillant par la résolution du contrat d'apport²⁰⁰⁸. Ainsi, la mise en vente des titres de l'associé apporteur est une sanction adaptée à la situation des entreprises en difficulté, l'acquisition de tels titres en procédure collective est par ailleurs favorisée par le droit fiscal²⁰⁰⁹.

Dans le droit des sociétés, cette sanction de la mise en vente des titres n'a pas une portée générale, elle ne s'applique qu'aux sociétés par actions et ne peut donc être appliquée aux sociétés à responsabilité limitée²⁰¹⁰. On peut se demander si cette exception s'applique également lorsque l'entreprise est en difficulté ? Cette distinction entre les sociétés par actions et la société à responsabilité limitée ne doit pas être recherchée dans un texte en particulier, mais dans la nature d'une société à responsabilité limitée, qui, à la différence d'une société anonyme, se veut *intuitu personae*²⁰¹¹. Ainsi, la vente des titres paraît devoir être réservée, même en procédure collective, aux sociétés par actions où *l'intuitu personae* est moins marqué²⁰¹².

Ainsi, faute de pouvoir s'appuyer sur l'article L. 227-28 du Code de commerce, la solution pour les sociétés à responsabilité limitée passera par le rachat des parts sociales, dans le but de les annuler²⁰¹³, conformément à l'article L. 223-34 du Code de commerce, dernier alinéa qui dispose que : « *L'achat de ses propres parts par une société est interdit. Toutefois, l'assemblée qui a décidé une réduction du capital non motivée par des pertes peut autoriser le gérant à acheter un nombre déterminé de parts sociales pour les annuler* ». La faible valeur des parts, dans le cadre d'une société en difficulté, facilitera l'opération. Par voie conséquence, la finalité sera ainsi la même que dans le cadre de l'article L. 227-28 du Code de commerce, l'associé qui refuse ou qui est incapable de participer au financement de la société sera exclu.

L'associé qui ne respecte pas son obligation financière s'expose donc à plusieurs sanctions. La

²⁰⁰⁷ C. Civ. Art. 1224 : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

²⁰⁰⁸ En effet, monsieur Guyon explique dans sa thèse que l'article 1184 du Code civil peut expliquer cette résolution du contrat d'apport (En ce sens : GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de GHESTIN (J.), L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°22, p. 71). Cependant il a été modifiée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

²⁰⁰⁹ Bien que lorsque la société est placée en sauvegarde ou redressement judiciaire, l'acquisition de ses titres est exonérée de droits d'enregistrement. V sur le sujet : L. fin. Pour 2012 n°2011-1977, 28 déc. 2011, n° art. 3 : JO 29 déc. 2011, p. 22441, *BJE*, 1 mars 2012, n°2, p. 106, note DEDEURWAEDER (G.).

²⁰¹⁰ LE CANNU (P.), « Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable », *Rev. Sociétés*, 2001, p. 633 ; DOM (J.-P.), « Les dispositions relatives à la libération du capital des SARL et des sociétés à capital variable : article 124 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 », *Bull. Joly*, 2001, p. 758.

²⁰¹¹ COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th., T. 561, L.G.D.J., préface de SYNVEY (H.), 2015, n°96, p. 101 ; BLAISE (H.), *Encyclopédie juridique*, Rép. Dr. Soc., Dalloz, V. *Apports*, 1990, n°191.

²⁰¹² C. Com. Art. L. 228-27.

²⁰¹³ LE CANNU (P.), « Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable », *Rev. Sociétés*, 2001, p. 633.

réparation du manquement à son obligation dépendra de la situation de l'associé débiteur et des besoins de la personne morale. Quelle que soit sa situation, l'associé défaillant sera sanctionné malgré l'absence de texte spécifique en droit des entreprises en difficulté. Les dispositions du droit commun et du droit des sociétés permettent de le sanctionner dès lors qu'il n'aurait pas respecté ses engagements financiers et aurait ainsi violé son obligation de secours dans le cadre d'une procédure collective.

685. Pour conclure, bien que le droit des entreprises en difficulté ne mentionne pas de sanctions spécifiques à l'égard de l'associé défaillant, les sanctions prévues par le droit des sociétés paraissent adaptées au contexte des procédures collectives. Ces sanctions sont de nature à contraindre l'associé à participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

B) La sanction de l'associé opposant à la reconstitution des capitaux propres

686. L'article L. 631-9-1 du Code de commerce porte atteinte aux droits politiques de l'associé. Même si l'associé peut être contraint à la reconstitution des capitaux propres, celui-ci reste libre de son vote sur la première convocation. Ce refus pourrait être assimilé à une manœuvre dilatoire contraire à l'intérêt social. L'opposition de l'associé pourrait alors être constitutive d'un abus de son droit de vote.

687. La sanction du refus de l'associé de reconstituer les capitaux propres. La question se pose de la sanction du refus ou de l'impossibilité de l'associé de reconstituer les capitaux propres. Il paraît en effet surprenant de laisser impuni le refus opposé à la non-reconstitution des capitaux propres. Pourtant, aucune sanction n'a été prévue par le droit des entreprises en difficulté, la société devra alors engager la responsabilité de l'associé sur le fondement du droit commun et de l'article 1240 du Code civil. Elle pourra notamment engager sa responsabilité en démontrant que l'opposition de l'associé à la reconstitution des capitaux propres constitue un abus de minorité, d'égalité ou de majorité.

Le refus de l'associé pourrait en effet relever d'un abus de son droit de vote qui pourrait être préjudiciable pour la société et pour les associés mettant en échec le sauvetage de l'entreprise. Le texte est encore trop récent, pour avoir connu des prolongements jurisprudentiels. Cependant, ce dispositif suit la même logique que celle d'un abus de minorité, l'associé

opposant à la reconstitution des capitaux propres pourrait donc faire l'objet de sanction²⁰¹⁴. L'abus de minorité sera caractérisé dès lors qu'une « *attitude contraire à l'intérêt général de la société en ce que cet associé a interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* »²⁰¹⁵. L'abus de minorité sera alors aisé à démontrer dans la mesure où ce dispositif sert l'intérêt général et dans la mesure également où il sera difficile de soutenir que cette opposition ne sert pas les intérêts personnels de l'associé opposant. L'associé sera donc contraint de voter en faveur de la reconstitution des capitaux propres s'il ne souhaite pas engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

688. Le dispositif de reconstitution forcée des capitaux propres est donc d'une extrême sévérité à l'égard des associés. Ceux-ci vont être contraints à voter la restructuration des capitaux propres de la société sans pouvoir la refuser, sous peine de sanctions. Il sera de plus très difficile de recourir contre cette décision judiciaire.

689. Conclusion Section II. La participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté repose sur des obligations, dont le régime sera applicable. L'associé peut ainsi payer sa dette envers la société et ainsi mettre fin à sa participation financière au sauvetage de l'entreprise. Cependant, il ne pourra s'exonérer de toute participation en cédant ses titres non libérés, dans la mesure où les organes de la procédure peuvent agir contre les anciens titulaires des titres. D'ailleurs, l'associé réfractaire à toute participation pourra être sanctionné. À ce titre le droit des sociétés viendra compléter le droit des entreprises en difficulté.

²⁰¹⁴ La cour d'appel de Lyon a relevé un abus de minorité suite au refus d'un associé de voter une augmentation de capital, la Cour a même condamné les associés à des dommages et intérêts pour compenser le préjudice moral des associés majoritaires : CA Lyon, 20 déc. 1984, *D.*, 1986, p. 506, note REINHARD (Y.) ; V. également en ce sens : LE CANNU (P.), « L'abus de minorité », *BJS*, 1 avr. 1986, n°4, p. 429.

²⁰¹⁵ Cass. Civ., 5 juill. 2018, n°17-19.975, *JCP éd. N*, 15 mars 2019, 11, p. 40, note STORCK (J.-P.).

Conclusion du chapitre I.

690. La participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise s'appuie sur les obligations inhérentes à la qualité d'associé : l'obligation de libérer l'apport et l'obligation de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social qui est une composante de la contribution aux pertes à la charge de l'associé.

691. Contrairement à ce qu'a pu affirmer une partie de la doctrine, la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise ne peut être résumée à un devoir. Elle relève d'une nature juridique hybride, composée d'obligations et de devoirs. Pour la participation financière, ce sont des obligations de l'associé qui fonderont le principe. Il convenait alors de rappeler les caractéristiques d'une obligation et d'affirmer que, même en droit des entreprises en difficulté, l'associé demeure débiteur de ses obligations vis-à-vis de la société en difficulté. En effet, c'est en tant que débiteur de la société que l'associé est appréhendé par le droit des entreprises en difficulté et c'est à travers ses obligations qu'il sera mis à contribution afin de sauver l'entreprise. Il est alors plus juste de parler d'une obligation de participer au sauvetage de l'entreprise.

692. Il s'agissait ensuite de déterminer le régime et les sanctions de ces obligations lorsque l'entreprise est en difficulté.

Concernant le régime juridique de l'obligation de libérer l'apport, il convient de préciser que cette participation ne sera pas toujours due par l'associé, lorsque celui-ci s'en est déjà acquitté et qu'elle pourra être éteinte comme toute obligation si cela n'a déjà été fait. En outre, l'associé débiteur pourra céder son obligation de libération. Cependant, on peut noter que l'organe judiciaire dispose de pouvoirs importants pour assurer sa mission d'appel du capital non-versé. Il pourra demander non seulement aux associés actuels de s'acquitter de leur obligation de libération de l'apport mais également aux anciens titulaires des titres non libérés. L'étendue des pouvoirs confiés aux organes judiciaires, pour procéder au recouvrement du capital non libéré, démontre l'importance qu'attache le législateur au sauvetage de l'entreprise.

Cette idée est appuyée par l'institution de sanctions applicables à l'associé défaillant. Ainsi et si l'associé ne respecte pas ses engagements de libération du capital, celui-ci sera soumis aux sanctions prévues par le droit des sociétés, soit l'action en paiement et assortie de dommages et intérêts si l'associé défaillant est solvable ou dans le cas contraire la déchéance des droits de l'associé et la mise en vente des titres. Pour l'obligation de reconstituer les capitaux propres, il peut paraître surprenant qu'aucune sanction n'ait été prévue pour les associés opposants.

L'opposition de l'associé à une restructuration nécessaire à la survie de l'entreprise, pourrait être constitutive d'un abus du droit de vote.

693. La participation financière de l'associé suivra donc le régime propre à toute obligation. Il sera alors possible de l'éteindre ou de la céder. Par contre si l'associé est défaillant plusieurs sanctions pourront lui être applicables. Il sera alors très difficile pour l'associé d'échapper à son obligation de participation au sauvetage de l'entreprise.

CHAPITRE II

La devoir de participer par son droit de vote au sauvetage de l'entreprise

694. Les récentes réformes du droit des entreprises en difficulté imposent à l'associé de voter dans le sens de la continuité de l'entreprise. Il convient de déterminer quelles sont la nature juridique et les conséquences de cette nouvelle contrainte pesant sur l'associé.

695. En premier lieu, il s'agit d'écarter l'idée d'une obligation pour caractériser cette participation de l'associé. L'obligation se caractérise par son caractère patrimonial, alors que le droit de vote a une nature extrapatrimoniale. De plus, l'associé doit voter dans l'intérêt de l'entreprise, il n'y a donc pas de créancier déterminé. Le droit des procédures collectives impose à l'associé d'avoir un certain comportement, qui peut être sanctionné si jamais il dévie de la ligne de conduite tracée par le législateur. Ces différents éléments permettent d'affirmer que la participation de l'associé par son droit de vote repose sur un devoir, en son sens juridique, c'est à dire une ligne de conduite imposée pouvant entraîner une sanction étatique (**Section I**).

696. La particularité du devoir est qu'il est permanent. Il ne peut ainsi être éteint ou cédé. En général le devoir est attaché à une qualité ou une fonction. En l'espèce, c'est de sa qualité d'associé que dépend son devoir de participer au sauvetage de l'entreprise. Il ne peut ainsi céder cette contrainte ou l'éteindre comme si c'était une dette. En outre, le devoir ne peut faire l'objet d'une exécution forcée dans la mesure où il s'agit d'un comportement à respecter. Dans le cadre de la participation de l'associé par son droit de vote, le législateur a prévu que si l'associé votait contre une augmentation de capital destinée à l'entrée d'un tiers, un mandataire voterait à la place de l'associé opposant. Aucune sanction n'a été prévue par le législateur à l'encontre de cet associé. Pourtant, il aurait été opportun d'en prévoir une afin de s'assurer du vote de l'associé et éviter la procédure lourde prévue à ce dispositif d'augmentation du capital forcée (**Section II**).

SECTION I

Le nature juridique de la participation de l'associé par son droit de vote

697. Lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective, les restructurations du capital sont parfois nécessaires. L'associé est le seul à pouvoir prendre les décisions affectant le capital de la société. Par son droit de vote, il peut ainsi accepter ou refuser l'entrée d'un nouvel actionnaire. Le principe de souveraineté de l'associé en matière de restructuration du capital est un principe incontournable du droit des sociétés²⁰¹⁶.

698. Néanmoins, ce principe comporte une exception notable en droit des entreprises en difficulté depuis la loi du 6 août 2015²⁰¹⁷, l'augmentation de capital peut être imposée, alors même que l'associé aurait voté contre. Un mandataire peut être désigné pour voter l'augmentation voulue par les organes de la procédure. La question se pose de la nature de cette prestation due par l'associé, s'agissant d'un vote favorable à une augmentation de capital ? Est-ce un devoir ou une obligation ? Ce droit fondamental qu'est le droit de vote de l'associé ne suppose pas un créancier déterminé. Or en l'absence de créancier, l'obligation ne peut être caractérisée. Le droit de vote est un droit qui est propre à l'associé, dont ni la société, ni l'entreprise ne peuvent se prétendre les créanciers, ce qui paraît caractériser un devoir (§I). Cette décision forcée se fonde sur un devoir de soutien de la société par l'associé. À la différence de l'obligation, le devoir ne s'inscrit pas dans le passif du patrimoine du sujet passif. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise suppose ainsi un comportement à avoir, de nature extra patrimoniale, il ne peut alors s'agir que d'un devoir (§II).

§I - Le devoir caractérisé par l'absence de créance corrélative

699. Lorsqu'une personne est soumise à une contrainte assortie de sanction juridique, et qu'il n'existe pas de créancier identifié de cette contrainte, alors elle doit être qualifiée de devoir.

²⁰¹⁶ C. Civ. Art. L. 1844.

²⁰¹⁷ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 – art. 238 modifiée par la Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 – art. 42.

700. L'absence d'un sujet déterminé pour caractériser le devoir. Si l'on se réfère au critère de la structure, lorsque la contrainte ne comporte qu'une seule partie, sans qu'une autre ne soit identifiable, on est en présence d'un devoir, plutôt que d'une obligation. Néanmoins, ce critère de la structure trouvera sa limite dans le cas des devoirs liant deux personnes déterminées, car un devoir peut être à la charge d'une personne déterminée envers une autre ou plusieurs autres également déterminées. Autrement dit, une prestation entre deux individus n'est pas forcément une obligation, mais la présence d'un débiteur et d'un créancier est essentielle à la formation d'une obligation. L'indétermination du créancier ou du débiteur empêcherait la naissance d'une obligation, alors que le devoir peut exister entre deux sujets déterminés ou indéterminés²⁰¹⁸. Même si généralement, à la différence du devoir qui s'inscrit dans une logique collective, l'obligation est individualiste²⁰¹⁹.

701. Les devoirs généraux. Si un des sujets est indéterminé, la prestation sera automatiquement qualifiée de devoir²⁰²⁰. Ainsi, certains devoirs, à caractères généraux doivent être distingués de l'obligation, faute d'un créancier déterminé²⁰²¹. Par exemple, le devoir de ne pas tuer, le devoir de ne pas nuire à autrui, exprimé par l'article L. 1240 du Code civil, ou encore le devoir de rouler à droite²⁰²². S'il y a uniquement un sujet passif déterminé, on parlera alors de devoirs généraux²⁰²³. Certains devoirs peuvent être considérés comme des obligations car ils peuvent être sanctionnés en justice, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique du terme, faute d'un créancier qui aurait le droit d'en exiger l'exécution²⁰²⁴. En l'absence de créancier déterminé, il est donc plus juste de considérer que l'on est en présence d'un « *devoir* »²⁰²⁵.

²⁰¹⁸ Il sera également plus approprié de parler de sujet passif que de débiteur pour l'accomplissement d'un devoir. De même, on préférera les termes de sujet actif plutôt que celui de créancier qui renvoie à un droit de créance et donc à une obligation. V. en ce sens : « *Mais ils n'étaient pas heureux de désigner indistinctement ces devoirs sous le nom d'obligations : car traditionnellement le terme « obligations » a été employé par les auteurs pour désigner les droits de créance, et l'idée d'appliquer aux personnes tenues de ces devoirs le terme de débiteur, et aux personnes envers lesquelles elles en étaient tenues les termes de créanciers, conduit à une erreur juridique évidente* » : ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface DEROUSSIN (D.), 2005, n°13, p. 97.

²⁰¹⁹ LE NABASQUE (H.), « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série n°2, p. 6.

²⁰²⁰ HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th. Paris II, éd. Panthéon-ASSAS, 2016.

²⁰²¹ CARBONNIER (J.), *Théorie des obligations*, Thémis, PUF, 2004, n°922, p. 1920.

²⁰²² Pour d'autres exemples. V. YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1968, p. 164.

²⁰²³ « *On distingue deux types de devoirs : le devoir général et le devoir spécial* » : COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th., Dalloz., 1963, n°13, p. 26. Dans le même sens : YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1968, p. 164.

²⁰²⁴ CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104.

²⁰²⁵ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 2014, n°38, p. 27 ; cite : Sur les notions d'obligation et devoir en droit communautaire, droit international et droit comparé : V.

Par définition, les devoirs généraux s'appliquent à tous les actionnaires sans exception²⁰²⁶. La mise en place de ces devoirs par le législateur répond à un objectif, celui de protéger un nombre indéfini de personnes. Monsieur Yung parle de « *devoir de tous envers tous* »²⁰²⁷. Ils servent parfois à protéger une catégorie de personnes plus ou moins directement exposées, « *mais qui forment toujours une multiplicité indéterminée* »²⁰²⁸. Ces devoirs n'existent pas pour protéger une seule personne, « *Il n'y a pas d'ayant droit, de créancier, il n'y a que des bénéficiaires* »²⁰²⁹. Ces personnes, les bénéficiaires, n'ont pas d'action à l'égard du sujet passif du devoir²⁰³⁰. Ces devoirs sont une garantie de la protection de l'intérêt général, la loi impose à chaque homme des devoirs envers la société²⁰³¹. Ces devoirs généraux impliqueraient ainsi une contrainte « *non envers une personne déterminée, mais d'une manière générale, soit à une personne en raison de ses fonctions ou de sa profession (devoirs d'Etat), soit à tout homme envers ses semblables : devoir de ne pas s'enrichir injustement, au détriment d'autrui, de respecter la propriété, etc.* »²⁰³². Ils seraient ainsi caractérisés lorsqu'aucun créancier ne peut venir demander l'accomplissement de la prestation²⁰³³.

Dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, refuser l'adoption d'une restructuration nécessaire à la survie de l'entreprise semble être un abus du droit de vote de l'associé, en application de la jurisprudence sur l'abus de majorité²⁰³⁴. En ce sens, le législateur a repris la procédure de l'abus de minorité pour l'appliquer à l'associé s'opposant à une augmentation de capital destinée à une reprise interne. Sous certaines conditions, un mandataire sera nommé afin de voter en lieu et place des associés opposants. Le rejet d'une proposition d'augmentation

« *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune* », Société de législation comparée, 2008, p. 66 ; Sur la distinction du devoir et de la dette composante avec la créance de l'obligation : V. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012.

²⁰²⁶ Sur les devoirs généraux des actionnaires : COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, n° Hors-série 2, p. 14, spéc. n°19.

²⁰²⁷ YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1968, p. 165.

²⁰²⁸ *Ibid.* ; Dans le même sens : ROUVIERE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, th., PUAM, 2005, n°221.

²⁰²⁹ YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1968, p. 165.

²⁰³⁰ *Ibid.*

²⁰³¹ CARBONNIER (J.), *Droit civil, vol. 2, Les biens, les obligations*, Quadrige, PUF, 2004, n°922, p. 1920 : Dans le même sens : « *Le devoir général est celui que la loi ou l'autorité impose à tout citoyen dans l'intérêt général. C'est un devoir à l'égard de tous et chacun, de nature permanente, comme celui de ne pas causer de dommage à autrui ou de n'accomplir aucun acte réprimé par une peine. Le devoir général constitue donc la contrepartie exacte des droits dits absolus, que le titulaire exerce à l'égard de tous* » : COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th., Dalloz, 1963, n°13, p. 26.

²⁰³² FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221., L.G.D.J., préface de GHESTIN (J.), 1992, n°4, p. 4.

²⁰³³ HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th., éd. Panthéon-ASSAS, 2016, n°59, p. 73.

²⁰³⁴ Défini par un arrêt de la Cour de cassation de 1961 : Cass. Com., 18 avr. 1961, Bull., III, n°175, D., 1961, 661.

du capital nécessaire au sauvetage de l'entreprise est donc écarté par cette mesure d'augmentation du capital forcée. L'associé ne peut donc pas abuser de son droit de vote dans le but de servir des intérêts égoïstes au détriment de l'intérêt général. L'associé est responsable, il est tenu par l'intérêt de l'entreprise et celui des parties prenantes. Il se doit de voter, toute augmentation du capital destinée à faire entrer un nouvel investisseur, dès lors que des capitaux nouveaux sont nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise. En miroir à ce devoir, aucune créance n'est déterminable. Il n'y a pas de prestation corrélative à ce droit de vote. La société n'est pas créancière du droit de vote de l'associé, même si c'est elle, à travers les compétences du dirigeant, qui convoque les associés aux assemblées²⁰³⁵.

Pour appuyer cette idée d'absence de créancier, on peut citer l'exemple des décisions majoritaires qui sont des actes de volonté tendant à une fin commune²⁰³⁶, l'œuvre du plus grand nombre dans un groupement déterminé²⁰³⁷. C'est le cas de la loi sous un régime démocratique, elle est votée par le peuple ou par ses représentants, malgré l'opposition d'une minorité... Cette situation est également celle du vote des assemblées d'une association, d'un syndicat ou d'une société.

Ce vote conforme de l'associé se juxtapose parfaitement avec la notion juridique du devoir, qui suppose une action dans le but de protéger les intérêts d'autrui. Par son vote, l'associé qui risque de se retrouver dilué, voir évincé de la société par l'entrée du tiers investisseur, se doit d'assurer une chance de redressement à la personne morale et servir ainsi l'intérêt général. Cette idée d'intérêt général se retrouve à l'article L. 631-19-2 qui met en condition à l'application de cette mesure : « *un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi* ». L'augmentation de capital forcée défend ces objectifs impérieux. À noter également que le Conseil constitutionnel a précisé dans des affaires sur l'auto-saisine du juge²⁰³⁸, « *qu'éviter l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise* » concourrait à un but d'intérêt général. L'entrée d'un tiers investisseur permettra la poursuite de l'activité qui est un objectif d'intérêt général, un devoir.

²⁰³⁵ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°84, p. 90.

²⁰³⁶ C. Civ. Art. 1833.

²⁰³⁷ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 2014, n°506, p. 520.

²⁰³⁸ Cons. Const., n°2012-286, QPC, 7. Déc. 2012, sté Pyrénées services et a., Rec. 642 ; Cons. Const., 2013-352, QPC, 15 nov. 2013, Sté Mara Télécom et autre, Rec. 1036 ; Cons. Const., n°2013-368, QPC, 7 mars 2014, Sté Nouvelle d'exploitation Stbrau hôtel ; Cons. Const., n°2013-372, QPC, 7 mars 2014, M Marc V : Pour un commentaire de ces arrêts : V. GICQUEL (J.-E.), ROUSSILLE (M.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2015, n°3, p. 32.

702. Les devoirs spéciaux. Outre les devoirs généraux, il existe également des devoirs spéciaux qui incombent à une personne déterminée à l'égard d'une autre²⁰³⁹. Le devoir peut également être un lien de droit unissant deux sujets déterminés. Parmi ces devoirs spéciaux, on pourra trouver des devoirs précontractuels, tel le devoir d'information en matière contractuelle²⁰⁴⁰, qui comporte bien deux sujets déterminés. La structure est la même que pour l'obligation puisque les deux sujets sont identifiables. La différence réside dans l'absence de lien de droit entre les deux sujets. Le devoir est imposé aux parties alors qu'il n'y a pas encore de lien entre eux. Contrairement à l'obligation, le devoir, ne confère pas un droit de créance au sujet actif, on ne peut donc pas demander l'exécution forcée de la prestation, ni un droit de gage général sur le patrimoine du sujet passif. Les devoirs à sujets déterminés se distinguent de l'obligation par leur source. Ces devoirs existent en l'absence d'une source d'obligation²⁰⁴¹ ou d'intervention du débiteur et ont pour seule origine la loi²⁰⁴².

703. Le critère de la structure, bien que pertinent dans certains cas, doit être relativisé, car le devoir comme l'obligation peuvent être constitués de deux sujets déterminés. Ce critère n'est donc pas parfait, car il n'est efficace que dans la situation où un des sujets de la contrainte demeure indéterminable, soit dans le seul cas de devoirs généraux. En présence de devoirs spéciaux, applicables à des personnes déterminées, il sera impossible de distinguer les obligations des devoirs. Aussi plusieurs auteurs ont proposé de cumuler ce critère de la structure à celui de la source de la contrainte²⁰⁴³. Néanmoins, dans le cadre de l'augmentation du capital forcée, l'associé ne fait qu'user d'un de ses droits sans contrepartie. La mesure d'augmentation de capital forcée est donc un devoir faute d'un créancier déterminable.

§II - Le devoir caractérisé par une contrainte de nature non patrimoniale

704. Le devoir correspond à une action passive, une règle de conduite, une limite à ne pas dépasser. Elle est propre à chacun en fonction de la situation, de sa profession et de ses compétences (A). Le devoir se distingue ainsi de l'obligation par sa nature extrapatrimoniale.

²⁰³⁹ COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th., Dalloz, 1963, n°13, p. 26.

²⁰⁴⁰ FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221., L.G.D.J., préface de GHESTIN (J.), 1992, n°4, p. 4.

²⁰⁴¹ Conformément à l'article 1100 du Code civil.

²⁰⁴² HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th., éd. Panthéon-ASSAS, 2016, p. 245.

²⁰⁴³ *Ibid.* ; CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104.

La question se pose alors de la nature juridique de la contrainte imposant à l'associé de voter dans le sens de l'intérêt social (B).

A) La nature comportementale du droit de vote

705. Le devoir, au sens juridique du terme, se caractérise par une ligne de conduite. Le sujet actif est alors soumis à une façon d'agir, dont la dérive peut être soumise à des sanctions.

706. La nature comportementale de la contrainte : véritable critère distinctif²⁰⁴⁴. À la différence de l'obligation, le devoir peut être défini comme une règle de conduite d'origine légale²⁰⁴⁵. Le devoir apparaît comme une façon d'agir²⁰⁴⁶, il n'est pas facilement perceptible²⁰⁴⁷. « Précisément, il est possible d'avancer que le devoir contractuel représente la dimension éthique du contrat, tandis que l'obligation correspond à sa composante économique²⁰⁴⁸. Le devoir est une pure directive comportementale et ne revêt pas de valeur monétaire »²⁰⁴⁹. À propos de l'obligation de sécurité, « Il s'agit d'une contrainte comportementale générale et non d'une prestation due par un débiteur envers un créancier ». Il en va de même pour la bonne foi²⁰⁵⁰, qui est une prestation ne pouvant se traduire en monnaie. L'attitude exigée du contractant ne se réduit pas à une prestation. L'auteur doit se conformer à une certaine éthique²⁰⁵¹. « Le devoir juridique n'est pas dû de manière spécifique par une personne envers une autre, il s'impose à toute personne dont la condition juridique justifie

²⁰⁴⁴ V. En ce sens : FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., L.G.D.J., T. 576, 2017, n°48, p. 42.

²⁰⁴⁵ En ce sens : « Une personne est en situation de devoir lorsque l'ordre juridique lui assigne une certaine conduite, positive ou négative, sous peine de pratiquer un acte illicite et de répondre en conséquence » : COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th., Dalloz., 1963, n°13, p. 26 ; V. également : REVET (T.), « La clause légale », in Mélanges en l'honneur de CABRILLAC (M.), *D.*, Litec, 1999, p. 277 ; Voir aussi les obligations légales ou jurisprudentielles imposées aux contractants VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, coll. Traité de droit civil, L.G.D.J., 2^{ème} éd.1996., n°186.

²⁰⁴⁶ COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14.

²⁰⁴⁷ « De même, le Duty par lequel les Anglais traduisent le devoir n'a pas la même connotation matérialiste que l'obligation » : STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J., préface de BOUT (R.), 2000, n°155, p. 140 ; Sur les *duty* en droit anglais renvoyant à une norme comportementale : MESTRE (J.), « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.* 6 juin 2016, n°Hors-série 2, p. 77.

²⁰⁴⁸ HAGE CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir*, th., éd. Panthéon-ASSAS, 2016, n°18, p. 41.

²⁰⁴⁹ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°49, p. 43.

²⁰⁵⁰ « Ainsi, le « devoir » renvoie mieux que l'obligation à un impératif de comportement jugé à l'aune de sa conformité aux prescriptions de la morale, ce qui conduit à ranger sous ce vocable la notion de bonne foi » : STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J., préface de BOUT (R.), 2000, n°155, p. 140.

²⁰⁵¹ Définit comme un : « Ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (code de bonne conduite, de déontologie ou de bonne pratiques) ou juridique (lois dites bioéthiques) » : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadriga, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 419, V. *Éthique*.

qu'elle y soit tenue »²⁰⁵². Le devoir peut ainsi être appliqué au débiteur ou au créancier indistinctement, il n'y a pas dans le devoir de sujet passif ou actif. Le professeur Roubier a d'ailleurs démontré que les devoirs se distinguaient de l'idée économique et ainsi distinguait par ce moyen la dette du devoir²⁰⁵³. Le devoir juridique ne peut être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu. C'est la valeur de l'obligation qui la distingue du devoir, même si d'une certaine façon, on peut dire que le devoir peut souvent être assimilé à une obligation de ne pas faire. Ce qui n'est pas exact dans la mesure où le devoir ne va pas créer de lien avec une autre personne. On ne peut donc pas être soumis en même temps à un devoir et à une obligation comme l'avance Monsieur Yung²⁰⁵⁴. La distinction du devoir et de l'obligation se fait donc sur leur objet qui est distinct, puisque le devoir est « *une attitude comportementale à adopter, et la seconde impose, spécifiquement un échange économique* »²⁰⁵⁵.

707. Les devoirs imposés selon la fonction, la condition sociale ou la profession. Cette attitude est majoritairement en lien avec les responsabilités qu'assument la personne, soit par sa fonction soit par sa condition. Le devoir est attaché à la qualité de la personne, selon son état ou sa fonction²⁰⁵⁶. C'est en partie pour cette raison que certains devoirs sont issus des usages²⁰⁵⁷. Ils sont imposés par la loi sans qu'une des parties n'ait pris d'engagement, mais seulement du fait de leur situation ou de leur fonction. L'ancien article 1370 du Code civil donnait comme exemple d'engagement formé involontairement : « *ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée* ». On peut également citer la loyauté commerciale²⁰⁵⁸. Le devoir est une « *règle préétablie par la loi à l'encontre d'une personne en raison de ses fonctions ou de sa profession* »²⁰⁵⁹. Il peut par exemple s'appliquer au dirigeant de société, qui en raison de sa fonction doit surveiller la comptabilité de l'entreprise, présenter une image fidèle des comptes²⁰⁶⁰, ou répondre d'un devoir de

²⁰⁵² FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°49, p. 43.

²⁰⁵³ ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°13, p. 98.

²⁰⁵⁴ YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1968, p. 170.

²⁰⁵⁵ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. T. 576, L.G.D.J., 2017, n°49, p. 43.

²⁰⁵⁶ Un parent ne pourra jamais éteindre son obligation alimentaire, tout comme un avocat ne pourra jamais échapper à ses devoirs déontologiques.

²⁰⁵⁷ Sur les usages comme source de devoir. V. ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005., n°15, p. 111.

²⁰⁵⁸ ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°13, p. 98 ; Sur le devoir de loyauté du dirigeant inhérente à sa fonction : GODON (L.), « Précision quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Il s'agit d'un devoir autonome, puisant sa source, non dans le droit commun des contrats, mais dans la « fonction » de direction elle-même », *Rev. Sociétés*. 2005, p. 140.

²⁰⁵⁹ LIKILIMBA (G.-A.), *La fidélité en droit privé*, th., PUAM, 2003, n°13, p. 26.

²⁰⁶⁰ FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221, L.G.D.J., préface de GHESTIN (J.), 1992, n°4, p. 4.

loyauté²⁰⁶¹. Cette sincérité financière, doit être assumée de manière permanente, car elle est attachée à la fonction.

Le devoir est souvent assimilé à la fonction d'une personne, notamment en raison du pouvoir détenu par cette personne et dont le manquement serait préjudiciable. Cette position peut concerner ceux qui se livrent à une activité licite, mais dangereuse, ces personnes ont le devoir de veiller à ne point causer de dommage à autrui ou en tous cas à réparer le dommage causé par l'exercice de leur activité²⁰⁶². Ces personnes ont le devoir de garder une chose dangereuse ou d'exercer une activité comportant des risques pour autrui et peuvent en cas de négligence engager leur responsabilité du fait des choses. L'acte fautif n'est atteint par la loi civile que s'il cause un dommage à autrui. Cela n'est pas juste selon le professeur Duguit, car « *un acte contraire au droit ne peut pas donner naissance à un droit, même par la toute-puissance de la loi* »²⁰⁶³. On peut notamment à ce titre citer les devoirs déontologiques²⁰⁶⁴.

On retrouve de nombreux exemples en droit des sociétés de ces devoirs liés à une fonction.

Parmi ces devoirs, le dirigeant a un « *devoir essentiel d'implication* » dans la gestion de la société²⁰⁶⁵. Il doit bien gérer et réaliser les objectifs que se sont fixés les associés et maximiser la valeur de leurs titres. Si l'on raisonne selon la double conception de l'intérêt social, le dirigeant doit agir à court terme pour valoriser la valeur actionnariale et à long terme pour assurer la pérennité de la société²⁰⁶⁶.

De même, le commissaire aux comptes a un devoir juridique de révélation des faits délictueux, néanmoins il ne peut profiter de sa fonction et abuser de ce droit pour causer un préjudice à la société avec laquelle il a de mauvais rapports²⁰⁶⁷.

²⁰⁶¹ GODON (L.), « Précision quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Il s'agit d'un devoir autonome, puisant sa source, non dans le droit commun des contrats, mais dans la « fonction » de direction elle-même », *Rev. Sociétés*. 2005, p. 140.

²⁰⁶² On peut citer par exemple, les activités de transport par tramways, par automobiles ou par avions...

²⁰⁶³ RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd. 1949, p. 238, n°129 ; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, 2^{ème} éd. 1921, p. 156, § 19.

²⁰⁶⁴ HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th., éd. Panthéon-ASSAS, 2016, p. 268.

²⁰⁶⁵ GROSSI (I.), *Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, th. Aix-Marseille, 1998, n°47.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*

²⁰⁶⁷ L'article 823-12 alinéa 2 du Code de commerce met à la charge du commissaire aux comptes un devoir de révéler. Dans ce cas, « *Le lanceur d'alerte exerce un droit alors que l'auditeur légal exécute un devoir* ». Selon l'article 6 de la loi n°2016-1691, du 9 décembre 2016 : celui qui révèle des faits illicites doit avoir agi de bonne foi. En l'espèce le commissaire aux comptes avait dénoncé plusieurs faits potentiellement illicites, conformément à son devoir d'alerte. Cependant, les faits rapportés n'étaient pas illicites. La révélation de ces faits avait été faite dans le seul dessein de nuire à la société avec qui il avait des mauvais rapports. Il paraît pourtant compréhensible que les commissaires aux comptes préfèrent révéler des faits potentiellement délictueux, plutôt que de subir une action en responsabilité. Cependant, d'un autre côté, rien ne l'autorise à dénoncer « *à tort et à travers* » et de mauvaise foi de prétendus faits délictueux au procureur de la république. Le commissaire aux comptes a donc abusé de son devoir. Il pourra être indemnisé s'il était de bonne foi. V. Note BARBIERI (J.-F), sous Cass. Com., 15 mars 2017,

Appliqué à l'associé, lorsqu'il vote lors d'une assemblée générale, il ne fait qu'user de son droit de participer aux délibérations de la vie sociétaire²⁰⁶⁸. Les droits politiques de l'associé sont parfois assimilés à une fonction sociale²⁰⁶⁹. Un auteur émet même l'idée que le droit de vote serait en lui-même un devoir, qui pourrait être dégagé de l'article L. 533-22 du Code monétaire et financier, car l'exercice du droit de vote imposerait à l'associé de s'informer²⁰⁷⁰. Pour que le vote soit responsable, il faut que l'actionnaire soit informé²⁰⁷¹.

Ce devoir de l'associé pourrait également ressortir du pouvoir qu'il exerce sur la société. Comme le remarque plusieurs auteurs tous « *les droits à* » supposent « *les devoirs de* »²⁰⁷². Ainsi, l'associé dispose donc d'un pouvoir sur la société, car il est seul à pouvoir prendre les décisions impactant la structure de la personne morale. L'associé a donc un droit de vie ou de mort sur la personne morale. Il paraît donc normal que ce pouvoir de l'associé implique des devoirs à sa charge.

708. Les devoirs imposés selon les circonstances. Certains devoirs incombent également à certaines personnes du fait de leurs conditions sociales ou des circonstances : « *tout chef de famille, tout employeur, tout détenteur d'animal doit exercer une surveillance ; tout conducteur doit circuler à droite, dépasser à gauche, adapter sa vitesse aux conditions de la circulation* »²⁰⁷³. En droit de la famille, il existe des devoirs spéciaux propres notamment aux époux (cohabitation, fidélité, secours et assistance), de la filiation, liens de famille (obligation alimentaire, nom des personnes...), ceux qui se rattachent à la puissance paternelle (devoir d'éducation, d'entretien des enfants, devoir d'obéissance et de respect)²⁰⁷⁴. En face de ces devoirs se placent généralement des pouvoirs (pouvoir du mari, chef de famille ; droit de garde et de correction des enfants...)²⁰⁷⁵.

709. Appliquées à la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, ce sont bien les circonstances, en l'occurrence la situation de péril de l'entreprise qui

n°14-26.970, *JCP N*, 9 oct. 2017, 37, p. 43, note NAVARRO (J.-L.) : BARBIERI, (J.-F.), « Abus du devoir de révéler les faits délictueux : responsabilité du commissaire aux comptes », *BJS*, 1 mai 2017, n°5, p. 239.

²⁰⁶⁸ C. Civ. Art. 1844.

²⁰⁶⁹ JOSSERAND (L.), *De l'esprit des lois et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, D., coll. Bibliothèque, Paris, 2006.

²⁰⁷⁰ COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14.

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² MESTRE (J.), « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors-série 2, p. 77 ; COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors-série 2, p. 14.

²⁰⁷³ YUNG (W.), « Devoir généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1968, p. 164.

²⁰⁷⁴ Les obligations du couple seraient des devoirs. En effet, les sanctions applicables, comme l'exécution forcée, serait difficilement applicable à des obligations extracontractuelles : VAUVILLE (F.), « Les obligations du couple », *Gaz. Pal.*, 2013, n°89, p. 13.

²⁰⁷⁵ ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°15, p. 113.

imposent à l'associé d'agir afin de remédier à ses difficultés. Le principe de participation de l'associé est « *dormant* » jusqu'à l'ouverture d'une procédure collective. En effet, « *Les exigences comportementales, en tant que contraintes objectives, dépendent de la situation juridique qui les engendre* »²⁰⁷⁶. Dès l'ouverture d'une sauvegarde, et *a fortiori* en redressement judiciaire, l'associé doit tout mettre en œuvre, comme s'il avait un devoir de moyens, de soutenir la personne morale en difficulté.

B) La nature extrapatrimoniale du droit de vote

710. Le devoir impose une limite quant à la façon dont on doit agir. Contrairement à l'obligation, il ne peut être matérialisé ou être cédé car il a une nature extrapatrimoniale.

711. L'absence d'une prestation patrimoniale. Planiol utilisait le terme d'obligation, pour la prudence ou la diligence²⁰⁷⁷. Il donnait alors à l'obligation, son sens traditionnel de droit de créance. Cette analyse est cependant inexacte, car on ne peut se dire créancier d'autrui pour de semblables « *obligations* » de prudence ou de diligence, non plus que débiteur s'agissant du sujet passif²⁰⁷⁸. De même, une personne doit faire attention au bien d'autrui. Une théorie considèrerait alors que toute personne aurait une « *obligation passive universelle* »²⁰⁷⁹. Cependant, une obligation s'inscrit dans « *une prestation déterminée d'objet ou de services, qui constitue une charge patrimoniale définie* »²⁰⁸⁰. Le devoir ne peut pas être assimilé à une dette²⁰⁸¹, qui est une composante de l'obligation²⁰⁸², dans la mesure où il n'a pas un caractère patrimonial²⁰⁸³.

712. La nature juridique du droit de vote. La question se pose alors de la nature du droit de vote ? Les droits des associés sont classés selon différents critères. Plusieurs droits

²⁰⁷⁶ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°64, p. 58.

²⁰⁷⁷ MAZEAUD (L. H.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, éd. 1957, T. I, II, III, VI^e Éd. Montchrestien, 160, rue St. Jacques, Paris 5^e, n°390, p. 467-468.

²⁰⁷⁸ « *Comment pourrait-on entreprendre de chiffrer de pareilles « obligations », qui existent entre tous les hommes, dans le patrimoine de chacun, et n'est-il pas évident qu'on ne peut pas les traiter comme des créances véritables ?* » : ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°13, p. 98.

²⁰⁷⁹ ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n°13, p. 99.

²⁰⁸⁰ *Ibid.* Contrairement à Ouedraogo qui considère qu'en droit de la famille les devoirs sont personnels et patrimoniaux : OUEDRAOGO (R.), *La notion de devoir en droit de la famille*, th., Bruylant, 2014, n°20, p. 31.

²⁰⁸¹ « *La nature éthique du devoir permet de le différencier de la dette, comprise comme une valeur passive dans le patrimoine du débiteur* » : FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°50, p. 45.

²⁰⁸² Sur la dette comme composante avec la créance de l'obligation : FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., vol. 116, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, préface de LEDUC (F.), 2012, n°11, p. 10.

²⁰⁸³ V. également sur ce sujet DABIN, *Le droit subjectif*, Paris 1952, p. 186.

des associés sont généralement présentés comme des droits « *extra-pécuniaires* »²⁰⁸⁴, « *extrafinanciers* »²⁰⁸⁵, d'autres évoquent une distinction sur le critère du patrimoine, avec les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux²⁰⁸⁶. Les deux distinctions étant pourtant conciliables dans la mesure où seuls les premiers sont évaluables en argent et sont cessibles. La question étant de savoir dans quelle catégorie se range le droit de vote afin d'en déterminer sa nature juridique.

713. La théorie en faveur d'une créance de l'associé sur la société. Une partie de la doctrine analyse le droit de vote comme une créance de l'associé envers la société. Ce qui revient à analyser le droit de vote comme une obligation. Dans une version ancienne du dictionnaire des sociétés anonymes²⁰⁸⁷, le droit de vote était en effet présenté comme une obligation. Selon cet auteur, le but du contrat de société qui est la réalisation de bénéfice ou d'économie, ne peut être atteint que par l'exercice du droit de vote. Le vote serait donc une obligation tirée du contrat de société. Cette idée de droit de vote obligation repose sur la théorie que l'obligation tirerait sa nature de sa source²⁰⁸⁸, soit en l'espèce le contrat. Il faudrait donc en déduire que l'inexécution du droit de vote, reviendrait à une inexécution du contrat sanctionné par le nouvel article 1142 du Code civil ou sur une action en résolution du contrat fondé sur l'ancien article 1184 du Code civil²⁰⁸⁹.

En effet, plusieurs auteurs²⁰⁹⁰ démontrent que le droit de vote est une créance contractuelle et donc une obligation de l'associé. Le droit de vote devrait donc être analysé comme un droit

²⁰⁸⁴ COZIAN, VIANDIER, DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°528, p. 221 ; GERMAIN (M.), « Les actions de préférence », *Rev. Sociétés*, 2004, p. 597, spéc. n°5 : où Monsieur GERMAIN différencie les préférences pécuniaires des autres non pécuniaires.

²⁰⁸⁵ Les auteurs utilisent cette expression pour les droits politiques de l'associé : GERMAIN (M.), « Les actions de préférence », *Rev. Sociétés*, 2004, n°8, p. 600 ; MONOD (F.), DAIGRE (J.-J.), BASDEVANT (F.), « Les actions à privilèges non financiers », *Dr. Sociétés*, Act. Prat., nov. 1997, p. 4 ; VIANDIER (A.), « Les actions de préférences », *JCP éd. E*, 2004, nos°15 et s., p. 1528.

²⁰⁸⁶ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°74, p. 83. Cette distinction sur le critère du patrimoine est également présente en droit allemand. Le droit de vote étant classé parmi ceux attachés à la qualité d'associé et non patrimoniaux : DERNIS (G.), *Le droit de vote dans les sociétés anonymes en droit allemand*, th., Dalloz, 1929, p. 10.

²⁰⁸⁷ JOLY (A.), *Dictionnaire du droit des sociétés anonymes*, Série A 1982, V. *Assemblées d'actionnaires*, n°7, p. 29

²⁰⁸⁸ Le critère de la source comme critère de distinction entre le devoir et l'obligation est celui retenu par la thèse de Monsieur Hage-Chahine qui considère que le contrat ne peut faire naître que des obligations : HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, th., éd. Panthéon-Assas, préface de LEQUETTE (Y.), 2017, nos°255 et s., p. 244 et s.

²⁰⁸⁹ LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, th., T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, p. 93, note 13.

²⁰⁹⁰ V. Notamment sur la reconnaissance du droit de vote comme une obligation patrimoniale : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, p. 90, n°83 ; LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, nos°433 et s., p. 359 et s. ; GERMAIN (M.), « Le transfert du droit de vote », *RJ. Com.*, n°sp. Nov. 1990, p. 135 ; PERCEROU (J.), *Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions*, th. Paris, éd. Rousseau, 1932, n°49 et s., p. 543 et s. ; PERCEROU (J.), « Des syndicats de producteurs », *ann. Dr. Com.*, 1930, p. 297.

subjectif. Afin d'arriver à cette conclusion, ces différents auteurs critiquent l'idée du caractère extra-pécuniaire de ce droit de l'associé²⁰⁹¹. Le droit de vote aurait en effet une valeur²⁰⁹². En effet, le professeur Couret remarque que le marché inflige une décote importante aux actions à dividende prioritaire sans droit de vote, par rapport aux actions ordinaires²⁰⁹³. Monsieur Buchberger remarque que la loi autorise la cession de ces certificats d'investissement²⁰⁹⁴, ce qui induit une nature pécuniaire et donc patrimoniale. De plus, il convient de relever que les actions sans droit de vote sont moins valorisées, ce qui suppose que le droit de vote a une incidence financière²⁰⁹⁵. De plus, généralement ces actions se monnaient contre divers avantages pécuniaires. En effet, « *L'actionnaire n'abandonne son pouvoir d'influence qu'en échange d'une rémunération plus élevée. Il a en quelque sorte monnayé son droit de vote* »²⁰⁹⁶. Ce qui permet donc de relativiser la nature extra pécuniaire du droit de vote et donc sa nature extra patrimoniale.

714. La théorie en faveur d'une nature extra patrimoniale. Cependant, même les plus fervents défenseurs de la qualification de créance pour le droit de vote nuancent leur avis²⁰⁹⁷, ils évoquent une « *espèce de créance* »²⁰⁹⁸, une « *créance de nature originale* »²⁰⁹⁹, une « *créance particulière* »²¹⁰⁰. La doctrine fut unanimement contre cette idée de droit d'un vote patrimoniale et cessible²¹⁰¹. Un auteur rappelle que le droit de vote « *a un caractère extrapatrimonial même si pour l'analyse économique il a une valeur financière significative dont les analyses économétriques montrent qu'elle*

²⁰⁹¹ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, 2011, préface de GERMAIN (M.), n°83, p. 90.

²⁰⁹² PEYRELEVADE (J.), *Le gouvernement d'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir*, Economica, 1999, p. 3 ; LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, nos°433 et s., p. 359 et s.

²⁰⁹³ « *Cependant, l'observation empirique va démontrer un évident attachement des actionnaires mêmes minoritaires au droit de vote. Les actions à dividendes prioritaire sans droit de vote, les certificats d'investissement connaissent une décote due à l'absence du droit de vote : les marchés donnent donc bel et bien une valeur pécuniaire à ce droit. La même décote frappe les titres des sociétés anonymes qui se transforment en commandites par actions et qui condamnent par là à l'inefficacité le droit de vote. Le droit de vote, prérogative politique par essence a donc indiscutablement une valeur pécuniaire* » : COURET (A.), « première traduction législative de la corporate governance : la loi sur les fonds de pension », *D.*, 1997, p. 241.

²⁰⁹⁴ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, préface de MERLE (P.), L.G.D.J., 2002, n°435, p. 360.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*, n°434, p. 360.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*, n°38, p. 49 ; V. également : JAUFFRET-SPINOSI (C.), « les assemblées générales d'actionnaire dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? », Études offertes à René Rodière, *D.*, 1981, p. 125.

²⁰⁹⁷ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th. Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°79, p. 87.

²⁰⁹⁸ DIDIER (P.), *Droit commercial, t. 2, l'entreprise en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999, p. 46.

²⁰⁹⁹ RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial, t. 2*, par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), 2004, n°1081, p. 70.

²¹⁰⁰ LYON-CAEN (C.), RENAULT (L.), *Traité de droit commercial, T. 2, 2^{ème} partie*, par AMIAUD (A.), L.G.D.J., 5^{ème} éd. 1926.

²¹⁰¹ TAMBOISE (A.), *La stabilité du contrôle dans les sociétés par actions*, th. Lille, 1929, p. 327 ; CORDONNIER (P.), « L'actionnaire peut-il céder son droit de vote ? », *Journal des sociétés*, 1927, 5, nos°18 et s.

dépend inversement de l'efficacité des systèmes de défense des actionnaires minoritaires »²¹⁰². Monsieur Godon considère également que le droit de vote n'est pas une obligation au sens strict du terme, mais s'apparente plus à un devoir²¹⁰³.

Si l'on se réfère à ces critères du patrimoine et de la cessibilité du droit de vote, la qualification de créance, qui est évaluable en argent²¹⁰⁴, sauf certaines exceptions citées ci-dessus, doit être exclue. Le droit de vote constitue avec le droit à l'information²¹⁰⁵, des droits extras patrimoniaux de l'associé²¹⁰⁶. Selon le professeur Roubier, sont exclus du champ des droits subjectifs tous les droits extras patrimoniaux qui n'ont aucune valeur monétaire. Seule leur conséquence, comme l'abus d'un droit peut entraîner des conséquences pécuniaires, mais le droit en lui-même ne peut être converti en argent.

En effet, le droit de vote semble défendre les intérêts de l'associé. Bien que certains mécanismes comme l'abus de minorité²¹⁰⁷ ou l'abus de majorité²¹⁰⁸ protègent l'intérêt de la société, mais ce n'est qu'une limitation des pouvoirs des associés. D'ailleurs dans les certificats d'investissements, le droit de vote est présenté comme n'étant pas un droit pécuniaire²¹⁰⁹.

²¹⁰² NUSSEBAUM (M.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors-série, p. 31.

²¹⁰³ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th., Economica, préface de GUYON (Y.), 1999, nos°136 et s., p. 89 et s.

²¹⁰⁴ MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL MUNK (P.), *Les obligations*, Defrénois, 4^{ème} éd. 2009, n°1, p. 1-2.

²¹⁰⁵ *Contra* : Certaines obligations comme l'obligation d'information semblent être des obligations alors qu'elles ne sont pas évaluables en argent (Dans le même sens : MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL MUNK (P.), *Les obligations*, Defrénois, 4^{ème} éd. 2009, n°1, p. 1-2.). Sur le droit à l'information, selon Buchberger le droit à l'information est une créance, donc une obligation. Le droit à l'information est un droit de créance pour l'associé selon Buchberger (BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°76, p. 84). C'est en général la société qui est passible de cette obligation. Elle est souvent « d'origine légale et impérative », la société doit parfois communiquer des documents (Art. L. 221-7 C. Com. pour les SNC ; Art. 41 D. 78-704 du 3 juill. 1978 pour les sociétés civiles ; art. R. 223-18 C. Com. pour les SARL ; R. 225-81 C. Com et art. R. 225-117 C. Com pour les SA.), ou les mettre à la disposition de l'associé (SNC : art. 221-8 C. Com. Pour les SARL : C. Com. Art. L. 223-26 al. 4 et C. Com. Art. R. 223-15. Pour les SA : C. Com. Art. 225-89 et C. Com. R. 225-90). Ce droit à l'information est parfois renforcé par la possibilité de poser des questions aux dirigeants (Pour les SARL : C. Com. Art. 223-36 ; pour les SA : C. Com. Art. L. 225-231 al. 1). Même si c'est le dirigeant qui a cette obligation de répondre, on peut considérer que c'est pour le compte de la société qu'il agit. Ils ne font qu'exécuter une prestation dû à la société. Dans le sens d'une « obligation » pesant sur la « société » (Directive n°2007/36/CE du 11 juillet 2007, qui précise que c'est à la société qu'incombe cette obligation d'information des associés (MALECKI (C.), « L'actionnaire sans frontière et la directive n°2007/36/CE du 11 juillet 2007 sur les droits des actionnaires dans les sociétés cotées », *Bull. Joly*, 2007, p. 928, spéc., n°7, p. 932). L'auteur considère que l'obligation d'information est l'autre face d'une créance de l'associé. Ce qui conforte l'existence d'un contrat entre la société et l'associé.

²¹⁰⁶ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas, préface de GERMAIN (M.), 2011, n°79, p. 87.

²¹⁰⁷ Sur l'abus de minorité lors du vote d'une augmentation essentielle à la survie de la société : Cass. Com., 18 juin 2002, n°98-21.967, *BJS*, nov. 2002, p. 1197, note GORDON (L.).

²¹⁰⁸ Sur l'abus de majorité : Cass. Com., 18 avr. 1961, *D.*, 1961, p. 661.

²¹⁰⁹ C. Com. Art. L. 228-30.

715. Droit de vote et droit attaché à la personne. La question de la nature patrimoniale du droit de vote a pu se poser en droit des entreprises en difficulté dans un arrêt du 18 octobre 2011²¹¹⁰. Dans cette affaire, la question qui était posée à la Cour était de savoir si lors de la liquidation judiciaire, le droit de vote était concerné par le dessaisissement du débiteur et particulièrement de l'administration et de la disposition de ses biens. À cette question la Cour a répondu « *qu'il s'ensuit qu'en cas de mise en liquidation judiciaire de l'associé d'une société civile, le liquidateur de son patrimoine n'a pas qualité pour exercer les actions liées à sa qualité d'associé ou de gérant et concernant le patrimoine de la personne morale, non plus que son droit de participer aux décisions collectives* »²¹¹¹. Le débiteur conserve donc « *l'exercice des droits attachés à sa personne* ». Il convenait donc de savoir si le liquidateur avait compétence pour voter à la place de l'associé de la société civile en liquidation judiciaire. La Cour fait ainsi la distinction entre les actions liées à la qualité d'associé d'une part et d'autre part l'administration et la disposition des biens.

La difficulté de l'arrêt a été de déterminer si le droit de vote constituait un droit personnel ou un droit patrimonial.

Au regard de la finalité du droit des entreprises en difficulté, il serait en effet plus à même de juger que le droit de vote est un droit patrimonial. Il paraît plus juste de confier cette mission au liquidateur qui est en charge de la protection des créanciers, plutôt qu'à l'associé soumis à une procédure collective. D'un point de vue juridique, le dessaisissement semble justifié par le principe de l'effet réel des procédures collectives²¹¹², dont l'objet du dessaisissement est de préserver le gage commun des créanciers. On peut supposer que par son droit de vote, il risque de porter atteinte aux droits des créanciers. Il serait donc plus confortable de considérer que le droit de vote est « *teinté de patrimonialité* »²¹¹³, au regard des conséquences que cela peut entraîner sur le patrimoine de l'associé.

Une réponse négative semble pourtant s'imposer. Tout d'abord au regard des règles du droit des sociétés qui suppose que le droit de vote est un « *droit fonction* »²¹¹⁴, et donc que l'associé doit par son droit de vote respecter l'intérêt social. Ainsi, le droit de vote ne sert pas les intérêts

²¹¹⁰ Cass. Com., 18 oct. 2011, n°10-19.647 (n°FS-P+B), *BJS*, déc. 2011, p. 994, n°547, note LUCAS (F.-X.) ; Act. Proc. Coll., 2011, alerte n°277, obs. VALLANSAN (J.) ; *JCP éd. E*, 2012, 1018, note C ; *JCP éd. N*, 30 mars 2012, 13, p. 43, note GARÇON (J.-P.).

²¹¹¹ *Ibid.*

²¹¹² V. Sur ce principe, la remarquable thèse de monsieur Sénéchal : SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, th. T. 59, Litec, coll. bibl. Dr. Ent., 2002.

²¹¹³ V. En ces sens : LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 20, spéc. n°38.

²¹¹⁴ TUNC (A.), « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes », *Rev. Générale de droit commercial*, 1942, p. 97 ; DAVID (R.), « Le caractère social du droit de vote », *Journal des sociétés*, 1929, p. 401.

et le patrimoine de l'associé mais ceux de la société, personne morale.

De plus, ce n'est pas dans ce sens que la Cour de cassation a tranché sa décision. Elle a décidé au visa des articles L. 622-9 du Code de commerce et L. 1844 du Code civil, que le droit de vote et le droit de participer aux décisions collectives étaient des actions liées à la qualité d'associé, qui concerne le patrimoine de la personne morale. Ce qui semble poser le principe, bien qu'appliqué au cas particulier d'une société civile, de la non patrimonialité du droit de vote. Ainsi, la contrainte attachée au droit de vote, poussant l'associé à voter dans le sens de l'intérêt de l'entreprise, ne peut être assimilée à une obligation dont la nature est patrimoniale, mais à un devoir de l'associé lequel suppose un comportement, une contrainte extra patrimoniale.

716. Conclusion Section I. Dans le cadre des nouvelles mesures impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, l'associé doit désormais voter dans le sens de l'intérêt de l'entreprise. Si l'on retient la conception de Carbonnier sur l'obligation, celle-ci est composée de deux personnes déterminées, contrairement à cette contrainte de l'associé qui ne suppose aucun sujet passif déterminé, disposant d'un patrimoine. C'est en effet le sauvetage de l'entreprise qui est visé par ces textes. Or l'entreprise est une universalité de biens, ne disposant pas de la personnalité juridique, ce qui semble admettre l'idée d'un devoir au sens juridique du terme. En lien avec cette théorie, l'obligation ne semble admise que lors d'un lien d'ordre patrimonial ce qui écarte l'idée d'une « *obligation* » de voter, qui serait un abus de ce terme, et emmène à conclure qu'il s'agit d'un devoir.

SECTION II

Le régime juridique et les sanctions de la participation de l'associé par son droit de vote

717. La contrainte imposée à l'associé de voter les restructurations essentielles au sauvetage de l'entreprise étant désormais qualifiée de devoir, il convient désormais d'en établir le régime juridique et les sanctions qui y sont affiliés.

718. Précisons tout d'abord que le fait de voter en faveur des restructurations essentielles ne suppose pas une dette de l'associé, comme le suggérerait une obligation, mais une façon d'agir, une règle de comportement établi par le législateur. Le devoir de voter dans le sens de l'intérêt social ne peut ainsi être éteint ou transféré (§I). En outre, le devoir au sens juridique du terme suppose de sanctionner le sujet actif qui commettrait une faute. Aussi, l'associé qui adoptera un comportement contraire à l'intérêt de l'entreprise pourra faire l'objet d'une sanction étatique (§II).

§I - Le régime juridique du devoir de participer par son droit de vote

719. Plusieurs auteurs admettent que le devoir est permanent, attaché à la qualité ou à la fonction d'une personne. Il en est ainsi, du devoir de voter dans le sens de l'intérêt social, lequel est directement lié à la qualité d'associé (A). Par voie de conséquence, la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise par son droit de vote, ne peut être cédée ou transférée, à cause de la nature extra patrimoniale de cette contrainte (B).

A) La permanence du devoir de voter dans le sens de l'intérêt de l'entreprise

720. L'obligation peut être éteinte ou cédée, alors que le devoir impose généralement une conduite sans limite de temps.

721. Le devoir : une conduite permanente Alors que le devoir est permanent, l'obligation peut être éteinte. Le devoir est une norme qui se prolonge dans le temps, à la

différence de l'obligation qui peut s'inscrire sur une période très courte²¹¹⁵. Comme l'explique madame Freleteau dans sa thèse : « *Le caractère permanent du devoir est ainsi une particularité majeure de cette norme comportementale, qui permet là encore de la distinguer de l'obligation civile, mais également de l'incombance, et qui contribue ainsi à en démontrer l'autonomie conceptuelle* »²¹¹⁶. Dans le même ordre d'idée, le professeur Stoffel-Munk remarque que « *alors que le devoir pèse en permanence sur l'individu, l'obligation naît et meurt puis une nouvelle obligation naîtra à l'occasion d'un nouvel engagement qui nous rendra débiteur. Contrairement au devoir, l'obligation est du domaine de l'instant, et si l'interdiction des engagements perpétuels se comprend bien, l'idée de devoir perpétuel ne choque personne, et apparaîtrait au contraire comme naturelle* »²¹¹⁷. Ces auteurs soulèvent un nouvel élément de distinction qui est la poursuite dans le temps du devoir²¹¹⁸.

Cette idée de permanence du devoir se retrouve notamment avec le devoir de fidélité. En effet, la fidélité présente un caractère *éternel*²¹¹⁹. Le terme de devoir est employé par le législateur à propos des relations conjugales, à l'article 212 du Code civil, « *les époux se **doivent** mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* ». Selon un auteur, « *En ce qu'il désigne une règle de conduite d'origine légale et de caractère **permanent**, le terme devoir correspond parfaitement à la fidélité imposée aux époux par le législateur à l'article 212 du Code civil précité. Elle est **permanente** en ce sens que la fidélité conjugale implique, en principe, une certaine indissolubilité, tout au moins dans la tradition gréco-latine et judéo-chrétienne, même si cette situation est loin d'être acquise en droit positif. Dès lors, le terme obligation y serait quelque peu inapproprié, voire inadapté* »²¹²⁰.

L'attitude que doit avoir l'associé lors de la prise de décision relative à une augmentation de

²¹¹⁵ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., L.G.D.J., T. 576, 2017, n°183, p. 154.

²¹¹⁶ *Ibid.*, n°183, p. 155.

²¹¹⁷ STOFFEL-MUNK (P.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. Paris, L.G.D.J., 2000, n°149.

²¹¹⁸ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°184, p. 155 ; Sur cette idée de permanence du devoir : V. également : LE NABASQUE (H.), « Les devoirs de l'actionnaires », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, 6 juin 2016, p. 6.

²¹¹⁹ La fidélité est un devoir éternel, même si l'auteur considère que dans certains cas, elle peut être provisoire comme en matière contractuelle : BEN HADJ YAHIA (S.), *La fidélité et le droit*, th. L.G.D.J., 2013, n°145, p. 135.

²¹²⁰ « *En revanche le terme devoir serait inexact, car il implique l'idée de permanence, dans le cas où la fidélité est simplement suggérée par le législateur, mais convenue ou organisée par les parties dans le cadre d'un lien contractuel, comme, par exemple, dans les relations entre une compagnie d'assurance et ses assurés, une société et certains de ses actionnaires (pour les actions à dividendes majorés, par exemple)* » (LIKILLIMBA (G.-A.), *La fidélité en droit privé*, th., PUAM, 2003, n°13, p. 26).

²¹²⁰ PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éditions Confluences, coll. « voix de la cité » 1999, préface de MASSENET (M.), p. 29). Il faut donc tempérer cette idée de devoir de fidélité, dans la mesure où les parties peuvent décider de renoncer à ce devoir de fidélité. Le terme d'obligation semble donc désormais plus adapté, car la fidélité n'est plus permanente mais de plus en plus contractuelle. Le mariage est devenu une institution mais également un contrat (PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éditions Confluences, coll. Voix de la cité, préface de MASSENET (M.), 1999, p. 29). La requalification du devoir de fidélité en obligation participe à la promotion de cette norme morale, au rang d'une obligation sanctionnée par les autorités judiciaires. Devenant une obligation, la fidélité serait plus proche de la règle juridique que du devoir. En tant qu'obligation, la fidélité ne serait plus absolue et générale comme c'est le cas pour un devoir. Cette idée doit être tempérée car la fidélité légale est générale et absolue.

capital prévu par l'article L. 631-19-2 du Code de commerce induit donc un devoir. En effet, chaque fois qu'une entreprise se trouvera en difficulté et que son effectif total sera d'au moins cent cinquante salariés, que ses difficultés seront de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi, enfin que la possibilité d'une cession totale ou partielle aura été écartée, alors l'associé devra toujours agir en faveur du redressement de la société. À la différence d'une obligation, ce vote de l'associé ne se résume pas à une action dont il peut s'acquitter. L'implication de l'associé perdure dans le temps.

Ainsi, le soutien de l'associé est imprescriptible. De même, l'associé ne peut pas se trouver déchargé de son devoir de secours par une clause statutaire. Cette idée se retrouve avec l'article L. 631-19, II du Code de commerce qui vient bloquer les clauses d'agrément qui pourraient venir faire échec à la reprise en procédure de redressement judiciaire²¹²¹. Ces clauses sont réputées non écrites lors d'une augmentation du capital forcée.

L'exigence de voter l'augmentation du capital nécessaire au sauvetage de la personne morale se caractérise par un devoir de soutien permanent, auquel on ne peut renoncer, qui ne peut être ni transmis ou ni éteint.

722. L'impossible transmission d'un devoir. De ce caractère perpétuel du devoir, on peut déduire son intransmissibilité. Une personne peut payer la dette d'un autre, mais ne peut assumer son devoir²¹²². En effet, le devoir de secours pèse uniquement sur l'associé, il s'impose à lui²¹²³. Il ne peut se dégager de ce devoir en accusant par exemple le dirigeant, sauf si celui-ci est également associé. Cette règle de conduite est cependant attachée à la personne, ou à la fonction qu'elle occupe. Les devoirs peuvent donc disparaître en même temps que la qualité ou la fonction de la personne. Par exemple, les devoirs généraux disparaissent avec le décès de la personne. Les devoirs des cocontractants disparaissent avec le contrat, ainsi les devoirs de l'associé disparaissent en même temps que le contrat de société. L'associé ne peut céder son devoir de secours en même temps que ces titres, de sorte qu'à chaque fois que cette situation sera reproduite il devra suivre la règle de comportement prévu par les dispositions du droit des faillites. L'intransmissibilité du devoir paraît logique, puisqu'il n'y a pas vraiment d'action à mener mais plutôt une ligne comportementale à suivre²¹²⁴.

723. Le devoir de voter. Le patrimoine est un élément caractéristique de l'obligation, contrairement au devoir, dans la mesure où ce dernier ne s'inscrit pas au passif de son sujet. Le

²¹²¹ Cf. *Supra*. n°266.

²¹²² FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017 n°60, p. 55.

²¹²³ *Ibid*.

²¹²⁴ FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°64, p. 58.

devoir est une norme d'action, une façon de se conduire, il n'est pas quantifiable. L'obligation correspond à une prestation économique, qui figure au passif du patrimoine. Cette dette peut ainsi être éteinte par l'accomplissement de cette prestation. L'obligation a également pour particularité de pouvoir circuler, comme chaque bien du patrimoine. À l'inverse, le devoir est propre à chaque personne, il est attaché à l'individu. C'est une règle qui est imposée à chaque homme. Avec l'absence de patrimonialisation, la permanence fonde un second critère caractéristique du devoir, alors que le patrimoine et la circulation des dettes et des créances posent les caractéristiques de l'obligation.

B) L'impossible cession du droit de vote

724. L'associé est désormais soumis à un devoir juridique, celui de voter dans le sens de l'intérêt de l'entreprise. Ce devoir, caractérisé par sa nature extrapatrimoniale, ne peut ainsi être éteint ou cédé.

725. La question de la cession du droit de vote. Considérer que le droit de vote a une nature patrimoniale suppose la possibilité de le céder. Tout bien compris dans le patrimoine est destiné à être cédé. Pour écarter éventuellement l'hypothèse d'une nature patrimoniale du droit de vote, on vérifiera s'il peut être transmis.

Cette question fut très controversée²¹²⁵, mais elle semble désormais tranchée. Une doctrine minoritaire préconise toujours la thèse d'une cession possible du droit de vote²¹²⁶. Cependant, on se rangera derrière les nombreux auteurs qui se sont opposés à cette thèse et considèrent que le droit de vote n'est pas transmissible²¹²⁷.

²¹²⁵ V. Sur ce débat : COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th., T. 561, L.G.D.J., préface de SYNVEY (H.), 2015, n°42, p. 49.

²¹²⁶ PERCEROU (A.), « Des syndicats de producteurs », *Annales de dr. Com.* 1987, p. 271, spéc. 295 (l'auteur semble toutefois être revenu sur sa position : DP 1912, 1, p. 33, note PERCEROU (A.), sous Cass. Req. 3 mai 1911 ; MICHEL (P.), « De la cession du droit de vote », *Rev. Sociétés*, mars 1926, p. 80.

Une partie de la doctrine est toujours favorable à cette idée de cession du droit de vote : V. DAIGRE (J.-J.), « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP éd. E*, 11 octobre 1996, n°41 ; SCHMIDT (D.), « Empty voting et cession du droit de vote », *Bull. Joly*, 2012, p. 42 ; 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, nos^o25 et s. ; LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th., T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, nos^o443 et s. ; BAJ (C.), « La cessibilité du droit de vote », *Cah. Dr. Entr.*, 1966, suppl. n°4, Colloque des éditions Juris. Cl., 13 mai 1996 « Actionnaire et dirigeants – Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées », p. 1 ; SCHMIDT (D.) « Rapport de synthèse », *Cah. Dr. Entr.*, 1996, suppl. n°4, colloque des éditions Juris. Cl., du 13 mai 1996, « Actionnaire et dirigeants – Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées », p. 25 ; GERMAIN (M.), « Le transfert du droit de vote », in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, RJ Com., , numéro spécial, nov. 1990, n°11, p. 135.

²¹²⁷ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th., T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°120, p. 65 ; HOUPIN (C.), BOSVIEUX (H.), *Traité des sociétés civiles et commerciales*,

726. L'incessibilité du droit de vote motivée par la loi. En dehors du démembrement de la propriété, plusieurs textes permettent de penser que la cession du droit de vote ne paraît pas envisageable, même s'ils ne l'affirment pas expressément²¹²⁸.

On peut invoquer l'article L. 228-5 du Code de commerce, qui pose le principe de l'indivisibilité du droit de vote. Cet article prohibe en effet la cession à titre onéreux du droit de vote. Bien qu'il y ait des discussions sur ce qu'il faut entendre par indivisible²¹²⁹. Soit on va découper le titre, ce qui attribue à chaque titulaire les mêmes prérogatives à proportion de la valeur nominale de la coupure, qui va dépendre des statuts. Soit on va diviser les prérogatives attachées à l'action, comme cela est le cas pour les certificats de droit de vote. Néanmoins, la première conception du devoir doit être privilégiée²¹³⁰. Même si le principe d'indivisibilité des titres comporte deux exceptions qui sont les titres démembrés et les titres indivis.

De plus, même si le législateur a admis pendant un temps la dissociation des droits pécuniaires et politiques de l'associé par la création des certificats de vote et des certificats d'investissement. La cession de droit de vote par ce biais demeure cependant impossible, car le certificat de droit de vote ne peut être cédé que s'il est accompagné du certificat d'investissement ou alors être cédé au titulaire du certificat d'investissement²¹³¹. Ce qui revient non pas à une cession du droit de vote, mais à une cession de l'action qui comprendrait à la fois les droits politiques mais

7^{ème} éd. 1932, n°1140 ; MAZEAUD (H.), *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, D., préface de COHENDY (G.), 2^{ème} éd. 1929, n°88 ; CORDONNIER (P.), « L'actionnaire peut-il céder son droit de vote ? », *Journal des sociétés* 1927, p. 1.

²¹²⁸ LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°247, p. 212.

²¹²⁹ *Ibid.*, n°247, p. 212 et n°47, p. 369. Monsieur Ledoux présente deux arguments pour démontrer le caractère indivisible du droit de vote et du titre auquel il est attaché.

Il relève tout d'abord que les règles de quorum et de majorité dans les assemblées générales (C. Com. Art. L. 225-96 et Art. L. 225-98 C. Com.) confirment implicitement que les titulaires d'actions sont les titulaires de droit de vote, et inversement que les titulaires du droit de vote sont les titulaires d'actions. Car sachant que le quorum est calculé en fonction du nombre d'actions ayant le droit de vote dans les assemblées. Et que la majorité est calculée en fonction du nombre de voix représentés. Alors, isoler le droit de vote de l'action signifierait que l'on pourrait voter avec des actions non calculées dans le quorum. Cela reviendrait ainsi à annuler totalement les effets du quorum...Donc au regard des textes régissant le quorum et les décisions dans les assemblées, dont le droit de vote se réfère aux titres.

Il fait ensuite référence à l'article L. 249-9 du Code de commerce qui dispose que : « Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000 euros (...) 3° Le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages ».

On peut comprendre tacitement qu'il est interdit de transférer le sens du vote à suivre à une personne titulaire d'actions. Ainsi, une personne qui n'aurait par exemple par d'actions ne pourrait donc pas demander à un associé de voter dans une certaine sens, sous peine d'une sanction pénale.

²¹³⁰ En ce sens : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°247, p. 212 ; VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, n°252, p. 246.

²¹³¹ C. Com. Art. L. 228-30.

également les droits financiers.

La question de la cession des certificats de droit de vote a également pu être posée en droit des entreprises en difficulté. Sous la loi de 1967, l'incessibilité des actions d'un dirigeant associé était associée à la privation de ses droits politiques. L'article 23 de la loi du 25 janvier 1985²¹³², énoncé que « *l'incessibilité des actions, parts sociales ou certificats de droit de vote détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet* ». Ainsi, on peut comprendre à la lecture du texte que l'incessibilité touche les certificats de droit de vote. Alors qu'il faut entendre que l'impossibilité de cession toucherait le certificat du droit d'investissement et le certificat de vote. Ceci s'explique car la mesure avait autrefois pour objectif de priver l'associé dirigeant de ses droits politiques. On comprend alors pourquoi le texte n'a pas fait mention des certificats d'investissement puisqu'ils sont dépourvus de droit de vote. De même, peut-être était-il inutile de mentionner « *les certificats de droit de vote qui ne sont, par nature, ni négociables ni cessibles, sauf avec les certificats d'investissement correspondant* »²¹³³.

727. L'incessibilité du droit de vote affirmée par la jurisprudence. Outre le fait que la loi ne semble pas l'envisager, plusieurs jurisprudences viennent appuyer cette impossibilité de céder le droit de vote.

Avant l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1932²¹³⁴, qui énonce que le droit de vote est un attribut essentiel de l'associé, la doctrine était divisée. Désormais, le lien entre la qualité d'associé et le droit de vote a été confirmé par l'arrêt du 9 février 1999²¹³⁵, dit *château d'Yquem*, et l'arrêt du 23 octobre 2007²¹³⁶, au visa de l'article 1844 alinéa 1 du Code civil qui dispose que « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Les juges se sont également appuyés sur l'article 1844 alinéa 4 du Code civil qui interdit implicitement aux statuts de déroger à l'alinéa 1, ce qui suppose par extension qu'aucune forme contractuelle ne puisse venir porter atteinte

²¹³² Abrogé par : Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce.

²¹³³ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. Dr. Soc., avril 2018, n°241.

²¹³⁴ Cass. Civ., 7 avr. 1932, *D.*, 1933, 1, p. 153, note CORDONNIER (P.) ; *Journal des sociétés*, 1934, p. 289, note LECOMPTE ; *S.* 1993, I, p. 177, note ROUSSEAU (H.).

²¹³⁵ Cass. Com., 9 févr. 1999, n°96-17.661, *Bull. Civ.*, IV, 1999, n°44, p. 36 ; *Dr. Et patrimoine*, 2000, n°78, p. 96, note BERTREL (J.-J.) ; *JCP*, 1999, II, 10168, note BLANC (G.) ; *Dr. Sociétés*, mai 1999, n°5, p. 9, note BONNEAU (T.) ; *Dr. Aff.*, 1999, p. 563, obs. M. B. ; *Bull. Joly*, 1999, p. 566, note DAIGRE (J.-J.) ; *RJ Com.*, 1999, p. 269, note DOM (J.-P.) ; *JCP éd. E*, 1999, n°16, p. 724, note GUYON (Y.) ; *D.*, 2000, somm. P. 231, note HALLOUIN (J.-C.) ; *Defrénois*, 1999, n°10, p. 625, note HOVASSE (H.) ; *Rev. Sociétés*, 1999, p. 81, note LE CANNU (P.) ; *RTD Com.*, 1999, p. 902, note REINHARD (Y.).

²¹³⁶ Cass. Com., 23 oct. 2007, n°96-17.661 ; V. également : Cass. Com., 9 juill. 2013, n°12-21238, *Bull. Civ.*, IV, n°733 ; *Banque et droit*, sept. Oct. 2013, p. 57, note STORCK (M.).

au droit de participer et de voter des associés. Seule la loi peut supprimer ou suspendre le droit de vote de l'associé. Ainsi, il paraît en effet difficilement admissible qu'un actionnaire ait le pouvoir de scinder son titre en deux afin de céder son droit de vote et conserver ses droits pécuniaires, car cela reviendrait à une suppression de son droit de vote qui est un attribut essentiel de l'associé.

728. L'inaccessibilité du droit de vote confirmée par d'autres motivations. On peut enfin raisonner par analogie pour comprendre pourquoi le droit de vote est inaccessible. La question de la cession du droit de vote peut être traitée par celle de la suppression de ce droit. En effet, toute suppression du droit de vote, autrement que prévu légalement²¹³⁷, paraît impossible. La loi Pacte n°2019-486 du 22 mai 2019 est certes venue atténuer ce principe, en admettant que le droit de vote attaché aux actions émises par les sociétés par actions simplifiées puisse être supprimé par l'émission d'actions de préférence²¹³⁸.

Ensuite, la question de la cession du droit de vote peut encore être assimilée à la question de l'hypothèse d'un mandat permanent. Autrement dit, la question renvoyait à la validité des conventions de vote²¹³⁹. Elles peuvent être définies comme un engagement des associés à voter dans un sens déterminé ou à ne pas participer au vote. Peut-on de façon permanente, donner mandat à une personne d'exercer le droit de vote ? De nombreux auteurs se sont interrogés sur la validité des conventions de vote, dans la mesure où elle porte atteinte à l'un des droits essentiels de l'associé qui est le droit de vote²¹⁴⁰. Une partie de la doctrine l'a tout d'abord affirmé²¹⁴¹. Cependant, la Cour de cassation a écarté cette possibilité dans un arrêt du 17 juin 1974²¹⁴². En effet, reconnaître la possibilité de donner un mandat permanent à une personne serait revenu à reconnaître la cession du droit de vote, et ainsi remettre en question le caractère essentiel du droit de vote. C'est donc à juste titre que les juges ont prohibé tout mandat irrévocable. De plus, même si la cession du droit de vote est admise, elle reste très encadrée. Il convient de préciser que les conventions de vote ne peuvent être contraires à l'intérêt social,

²¹³⁷ Comme pour les actions à dividende prioritaire sans droit de vote : C. Com. Art. L. 228-35-2.

²¹³⁸ C. Com. Art. L. 228-11.

²¹³⁹ V. Sur les conventions de vote : VIANDIER (A.), « Observations sur les conventions de vote », *JCP éd. G.*, 1, 3253 ; JEANTIN (M.), « Les conventions de vote », *RJ Com.*, 1990, n°spécial n°11, p. 124 ; CALVO (J.), DE SENTENAC (G.-A.), « Le praticien et les conventions de vote dans les sociétés », *LPA*, 1990, n°128, p. 4.

²¹⁴⁰ STOCK (M.), « La réglementation des conventions de vote », *RJ. Com.*, 1991, p. 97 ; PENNEAU (J.), « De l'irrégularité des conventions de vote dans les sociétés commerciales », *JCP éd. CL*, 1975, 11776 ; BEROLATTI (G.), *Le régime juridique des conventions sur les droits de vote dans les sociétés*, th. Paris II. . 1975.

²¹⁴¹ LYON-CAEN (C.), RENAULT (L.), *Traité de droit commercial des sociétés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd. 1929, n°558.

²¹⁴² Cass. Com., 17 juin 1974, n°73-10541, *Bull. Civ.*, IV, 1974, n°194, p. 156 ; *RTD Com.*, 1975, p. 534, note HOUIN (R.) ; *Rev. Sociétés*, 1977, p. 84, note RANDOUX (R.).

sous peine d'être frappé d'illicéité²¹⁴³. L'intérêt social est une condition de validité des conventions de vote comme l'a précisé à plusieurs reprises la jurisprudence²¹⁴⁴.

729. De par ces arguments, le droit de vote ne semble pas cessible, notamment à cause de son caractère essentiel par rapport à la qualité d'associé. Une jurisprudence constante semble interdire toute suppression ou dissociation de l'associé de ses droits politiques. Ce qui implique une nature extrapatrimoniale du droit de vote. Donc la contrainte faite à l'associé d'utiliser son droit de vote doit donc être appréciée comme un devoir sanctionné par l'article 1240 du Code civil.

§II - La sanction de l'associé opposant à l'adoption d'une augmentation de capital

730. Tout devoir au sens juridique du terme suppose une sanction étatique. Le devoir de l'associé de participer au sauvetage de l'entreprise ne déroge pas à la règle. L'associé réfractaire à l'idée de sauver l'entreprise sera passible d'une sanction (**A**). Il peut toutefois paraître regrettable que le législateur n'ait pas prévu une sanction spécifique pour éviter que l'associé ne s'oppose notamment à une augmentation de capital destinée à une reprise interne (**B**).

A) La sanction étatique du sujet actif fautif

731. Il ne peut y avoir de devoir, au sens juridique du terme, sans sanction. Ainsi, l'associé qui s'opposerait à son devoir de participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté pourra être sanctionné.

732. La métamorphose du devoir en obligation. Il convient de préciser que ces devoirs « *supérieurs* » peuvent toutefois par l'effet de la loi se transformer en obligation²¹⁴⁵, lorsqu'un assujetti vient à commettre une faute. Au cas de violation du devoir de ne pas nuire

²¹⁴³ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th., T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°222, p. 113 ; PARLEANI (G.), « Les pacte d'actionnaires », *Rev. Sociétés*, 1991, p. 28-29.

²¹⁴⁴ Cass. Com., 19 déc. 1983, *Rev. Sociétés*, 1985, p. 105 note SCHMIDT (D.) ; Cass. Com., 2 juill. 1985, *Bull. Joly*, 1986, §100.

²¹⁴⁵ CARBONNIER (J.), *Droit civil, t. IV, les obligations*, PUF, Thémis, 22^{ème} éd. 2000, n°7.

à autrui, l'auteur engagera sa responsabilité civile, ce qui fera naître à son égard une obligation de réparation du dommage commis²¹⁴⁶. On peut citer également l'automobiliste, qui a le devoir de rouler à droite, qui se trouvera astreint à réparer le préjudice qu'il a infligé à la victime de son infraction. La faute du conducteur va créer un lien de droit basé sur une obligation. L'automobiliste engage sa responsabilité délictuelle et doit payer d'éventuels dommages et intérêts à un créancier déterminé victime du dommage. De même, l'obligation alimentaire est un devoir légal, dont le Code civil énonce toutes les personnes qui y sont tenues²¹⁴⁷. C'est un devoir, mais pour que naisse la dette, il faudra qu'une personne se trouve dans un état de besoin pour vivre et qu'un autre de la même famille dispose de ressources nécessaires pour y subvenir. « *Alors seulement le devoir juridique se transformera en une dette proprement dite, par le mécanisme d'un jugement ou d'une transaction* »²¹⁴⁸. « *Ce sera une dette chiffrée à telle somme, qui figurera en actif du patrimoine du créancier, en passif au patrimoine du débiteur* »²¹⁴⁹.

Le professeur Roubier s'est interrogé sur le lien qui unit le devoir et la dette, et l'explication de cette transformation éventuelle²¹⁵⁰? L'auteur assimile cette possibilité à un droit éventuel. Cette notion demeure toutefois mal définie. Il faudrait comprendre que : « *C'est une éventualité légale (conditio juris) qui vient suspendre la naissance du droit véritable, au point que cette naissance demeure incertaine, le droit ne réunissant pas toutes conditions légales de son existence. Le droit éventuel ne verra peut-être jamais le jour ; son apparition sur la scène juridique semble l'apparition d'un fantôme : le droit éventuel n'est guère plus qu'un fantôme de droit* »²¹⁵¹. Le devoir juridique n'est donc « *guère plus qu'une menace de dette* ». Le devoir ne serait donc que virtuellement une dette : « *Dans tout devoir juridique, on reconnaîtra ainsi le principe possible d'une dette, qui n'existe auparavant qu'à l'état d'éventualité* »²¹⁵². Par exemple, l'article L. 1240 du Code civil traduit le devoir juridique de ne pas causer un dommage injuste à autrui. C'est un devoir jusqu'à ce qu'un dommage intervienne.

Une des caractéristiques du devoir, au sens juridique du terme, est en effet de constituer une limite comportementale, dont la violation peut entraîner une réparation en justice. Néanmoins, aucune sanction n'a été prévue par le législateur pour le vote forcé de l'augmentation du capital forcée. L'associé peut donc impunément s'opposer à l'augmentation de capital, cette opposition devant, il est vrai, demeurer sans conséquences dommageables autre que le délai et les frais.

²¹⁴⁶ RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd. 1949, p. 210, nos^o112 et s.

²¹⁴⁷ V. C. Civ. Art. 203, 205 et s., et les articles C. Civ. Art. 367, 132-6, 6145-11 et 560-1 et s.

²¹⁴⁸ ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005, n^o13, p. 102.

²¹⁴⁹ *Ibid.*

²¹⁵⁰ *Ibid.*, n^o13, p. 103.

²¹⁵¹ *Ibid.*

²¹⁵² CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs de contractants – Est-on allé trop loin » in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, 2003, Dalloz, p. 105.

L'abus commis par l'associé pourrait être préjudiciable pour la société et pour les associés dans la mesure où cette manœuvre dilatoire pourrait mettre en échec le plan de continuation. La question se pose donc de la possible sanction de cet « abus » du droit de vote de l'associé ?

Le texte est encore trop récent, pour avoir des exemples pratiques de l'application de ce dispositif d'augmentation du capital forcée. Néanmoins, si l'on se réfère à l'abus de minorité dont le dispositif s'est inspiré, on peut supposer que des sanctions peuvent être infligées aux associés opposants à l'entrée d'un tiers²¹⁵³. Cependant, il convient de préciser que la démonstration d'une intention de nuire n'est pas déterminante pour caractériser un abus de minorité. La Cour de cassation l'a encore rappelé dans un arrêt du 1^{er} juillet 1998²¹⁵⁴. L'intention de nuire n'anime pas systématiquement l'associé opposant, même si elle représente une majorité des cas. La société requérante contre l'associé opposant aurait pu évoquer la perte de chance, dans la mesure où le défendeur prive la société d'une chance de redressement²¹⁵⁵.

Si l'article L. 1382 du Code civil, devenu L. 1240 du Code civil, est souvent utilisé pour sanctionner cet abus de droit²¹⁵⁶, c'est en raison de la souplesse qu'il donne au juge sur le fait fautif ou non et les sanctions à prendre. Il paraît préférable d'utiliser un texte du droit des sociétés, comme l'article L. 1833 du Code civil qui vise « l'intérêt commun des associés »²¹⁵⁷. À ce titre, l'associé a le devoir d'agir dans « l'intérêt général de la société »²¹⁵⁸. Le caractère pluripersonnel de la société impose une entente entre les associés et donc un devoir de prendre les décisions en faveur de la poursuite de l'entreprise commune.

²¹⁵³ La cour d'appel de Lyon a relevé un abus de minorité suite au refus d'un associé de voter une augmentation de capital, la Cour a même condamné les associés à des dommages et intérêts pour compenser le préjudice moral des associés majoritaires : CA Lyon, 20 déc. 1984, *D.*, 1986, p. 506, note REINHARD (Y.) ; V. également en ce sens : LE CANNU (P.), « L'abus de minorité », *BJS*, 1 avr. 1986, n°4, p. 429.

²¹⁵⁴ En l'espèce monsieur Couvaud a refusé de voter en faveur d'une augmentation capital déterminante à la survie de la société, bloquant ainsi la restructuration. La société SAAM est donc en justice aux fins de désignation d'un mandataire chargé de voter l'augmentation de capital à l'instar du minoritaire bloquant et de condamner monsieur Couvaud au paiement de dommages et intérêts. Finalement, la Cour n'a octroyé qu'une partie des demandes de la société demanderesse puisqu'elle a rejeté la demande d'indemnité au motif que « la réalité du préjudice financier n'était pas établie » : Cass. Com., 5 mai 1998, n°987 P, *SA Arti Moul c/ Couvaud (cons. Rapp. Métivet)*, *BJS*, juill. 1998, n°7-8, p. 755, note GORDON (L.).

²¹⁵⁵ En ce sens V. CA Lyon, 20 déc. 1984, *D.*, 1986, jur., p. 506, note REINHARD (Y.).

²¹⁵⁶ Cass. Com., 6 juin 1990, n°88-19.420 et n°88-19.783, *BJS*, 1990, p. 782, §233 ; *Rev. Sociétés*, 1990, 606, note CHARTIER (Y.).

²¹⁵⁷ En ce sens V. Note LE CANNU (P.), Cass. Com., 14 janv. 1992, no 90-13055, *Sté Vitama c/ Tebranchi et autre.*, *BJS*, mars 1992, n°3, p. 273 ; et note GORDON (L.), sous Cass. Com., 5 mai 1998, n°987 P, *SA Arti Moul c/ Couvaud (cons. Rapp. Métivet)*, *BJS*, juill. 1998, n°7-8, p. 755.

²¹⁵⁸ En ce sens : Cass. Com., 8 juill. 1997, n°95-15.216, *BJS*, 1997, p. 981, n°352, note LE CANNU (P.) ; Cass. Com., 16 juin 1998, n°96-13.997, *BJS*, 1998, p. 1083, §331, note LE CANNU (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1999, p. 103, note MEDJAOUI (K.) ; Cass. Com., 18 juin 2002, *BJS* 2002, p. 1197, §256, note GODON (L.) ; Cass. Com., 15 juill. 1992, *JCP éd. E*, 1992, n°375, note GUYON (Y.), p. 285 et s., *JCP éd. E*, 1992 II 21944, note BARBIERI (J.-F.), p. 387 et s ; *RJDA*, 8/9 1992, n°826.

B) La préconisation d'une sanction à l'égard de l'associé réfractaire

733. L'associé peut délibérément voter contre une augmentation du capital essentielle au sauvetage de l'entreprise et la neutraliser. Il serait alors opportun de prévoir une sanction afin de renforcer le dispositif.

734. Proposition de la mise en place d'une sanction. Le législateur prévoit donc une alternative, et même un mécanisme coercitif, permettant l'augmentation de capital nécessaire à la survie de la société. Même si le législateur n'a prévu aucune sanction à l'égard de l'associé refusant l'augmentation du capital, celui-ci pourra tout de même être sanctionné comme le mentionnent messieurs Mercier et Kopf : « *L'actionnaire a le devoir de ne pas s'opposer à une augmentation de capital qui s'avérerait nécessaire. Si son engagement est limité à son apport et qu'il n'a pas l'obligation de souscrire à une nouvelle augmentation de capital, il lui appartient en revanche de tout faire pour permettre à un tiers d'intervenir et assumer le rôle d'actionnaire que lui ne veut plus (ou ne peut plus), exercer. À défaut, il pourrait engager sa responsabilité, notamment sur le terrain de l'abus de minorité en cas d'obstruction sur un vote en assemblée générale* »²¹⁵⁹. Les associés restent donc libres de voter contre l'augmentation du capital, mais ils pourront engager leur responsabilité pour abus de leur droit de vote.

Ce nouveau mécanisme d'augmentation du capital forcée est inspiré de l'abus de droit de vote classique, il se distingue toutefois de cette notion telle qu'elle est entendue par le droit des sociétés. En effet, le droit des procédures collectives et le mécanisme de l'augmentation de capital forcée prévoient que le mandataire doit « voter l'augmentation de capital »²¹⁶⁰, à la différence du droit des sociétés qui, dans le cadre de l'abus du droit de vote, laisse le mandataire libre du sens de son vote²¹⁶¹. La procédure prévue par le droit des procédures collectives est ainsi plus impérative.

On peut rejoindre l'idée avancée par le professeur Parachkevova²¹⁶², d'instituer une faute de l'associé refusant une augmentation du capital essentielle. La jurisprudence en droit des sociétés consacre déjà cette solution, mais n'en fait pas un principe. Le droit des entreprises en difficulté doit être doté de mécanismes dissuasifs permettant de faire échec au vote abusif des associés. L'associé ou actionnaire, qui par son vote refuserait une restructuration nécessaire au sauvetage

²¹⁵⁹ MERCIER (J.-L.), KOPF (F.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, p. 47.

²¹⁶⁰ C. Com. Art. L. 631-19-2.

²¹⁶¹ COURET (A.), « Le harcèlement des majoritaires », *BJS*, 1996, p. 112.

²¹⁶² PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, p. 529.

de l'entreprise, devrait supporter la charge d'une responsabilité pour faute spécifique et indemniser la société du préjudice causé.

Dans le même sens mais pour la cession forcée des titres, monsieur Teboul propose d'utiliser la sanction plutôt que le mécanisme de dépossession forcée²¹⁶³. L'auteur explique que cette dépossession n'est pas un gage de sécurité et qu'elle ne pourrait être qu'une solution précaire. En effet, la dépossession forcée n'empêchera pas les associés de voter contre une restructuration importante du capital. De plus, le premier vote négatif aura fait perdre un temps précieux pour le sauvetage de l'entreprise. La solution d'une sanction serait beaucoup plus dissuasive et surtout plus opportune qu'une dépossession des titres. Cette solution est également applicable pour le mécanisme d'augmentation du capital forcée, lequel porte atteinte à de nombreux droits de l'associé ce qui impose un encadrement rigoureux de la mesure. La mise en place d'une sanction permettrait de contourner le problème de l'exigence des conditions d'une mesure d'augmentation du capital forcée.

Une autre alternative à cette procédure trop lourde d'augmentation du capital forcée aurait pu être trouvée, en donnant plus de pouvoir au juge, lui permettant d'ordonner immédiatement l'augmentation du capital.

735. Conclusion Section II. Il a été démontré que l'associé avait le devoir de participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté par son droit de vote. Le devoir étant de nature extra patrimoniale, cela explique que le régime des obligations ne soit pas applicable au droit de vote. Il n'est en effet pas possible de céder un devoir. De même le devoir ne pourrait être éteint, comme le pourrait une obligation. En outre, contrairement à l'obligation, le devoir ne peut faire l'objet d'une exécution forcée dans la mesure où il impose un certain comportement. Cependant une sanction pourra être appliquée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, afin de réparer le dommage causé. L'associé qui s'opposerait ainsi au sauvetage de l'entreprise pourrait alors être sanctionné.

²¹⁶³ TEBOUL (G.), « Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2015 n°71, p. 4.

Conclusion du chapitre II.

736. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise par son droit de vote ne peut être assimilée à une obligation. Il convient alors de rattacher cette nouvelle contrainte à un devoir.

737. En effet, le devoir, au sens juridique du terme, se caractérise par l'absence de créancier corrélatif. Contrairement à l'obligation, le devoir est général et ne suppose pas le transfert d'un bien d'un patrimoine à un autre. Il s'agit plus d'une norme de comportement, ce qui rejoint l'idée de l'associé votant en faveur de l'intérêt de l'entreprise.

738. Tout l'intérêt de cette qualification réside dans les sanctions bien définies qui y sont attachées. Le devoir est souvent rattaché à une fonction. En l'espèce c'est la qualité d'associé et sa position vis-à-vis de la société qui lui imposent des limites. Par son droit de vote, l'associé peut en effet influencer le sort de l'entreprise et notamment y faire échec. Le droit des entreprises en difficulté permet de le neutraliser. Il convient de préciser que la contrainte faite à l'associé de voter dans le sens de l'entreprise, ne peut être cédée. De même, le devoir de participer au sauvetage de l'entreprise est directement rattaché à la qualité d'associé et ne peut être cédé sans celle-ci.

739. En l'absence de tout caractère patrimonial, le devoir de voter fait l'objet de sanction spécifique. Le droit des entreprises en difficulté impose des restructurations comme l'augmentation de capital en passant, le cas échéant, outre le vote des associés. L'article L. 631-19-1 du Code de commerce permet à l'organe judiciaire de voter en lieu et place de l'associé s'étant opposé à la restructuration. Cependant, il n'est pas interdit à l'associé de voter contre l'augmentation du capital. Son opposition risque alors d'être coûteuse à l'entreprise, laquelle perdra en effet un temps précieux. Cette situation pourrait être courante dans la mesure où aucune sanction n'est prévue contre ce comportement. Seule l'action en abus de minorité ou de majorité peut dissuader l'associé. Il aurait pourtant été plus opportun de prévoir une sanction à l'égard de l'associé opposant afin d'éviter la procédure lourde qui régit le dispositif d'augmentation du capital forcée.

740. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise est un principe avéré et ne sera que difficilement contournée. Néanmoins, elle aurait pu être renforcée par l'institution de sanctions à l'égard de l'associé qui utiliserait son droit de vote à des fins personnelles.

Conclusion du titre II.

741. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté a été vue par la doctrine comme un nouveau devoir incombant à l'associé²¹⁶⁴. Le terme de devoir semble alors être employé dans son sens commun. Cependant, une partie de la doctrine considère désormais que le devoir fait partie du vocabulaire juridique et qu'il se distingue de l'obligation²¹⁶⁵. L'étude de la distinction de ces deux notions a permis de répondre à plusieurs questions. Tout d'abord terminologique, la distinction a permis d'écarter l'utilisation du terme unique de devoir, pour englober toutes les mesures touchant l'associé en droit des entreprises en difficulté. On peut toutefois comprendre que l'utilisation de ces termes de « *devoir de secours* » soit plus commode.

742. Il est également notable que la qualification de ces mesures a pu apporter des précisions sur leur régime. La loi impose à l'associé de libérer immédiatement l'apport qu'il a souscrit dès le jugement d'ouverture. De même, elle contraint l'associé à voter et même à reconstituer les capitaux propres dès que ceux-ci deviennent inférieurs à la moitié du capital social. L'assimilation de ces contraintes à des obligations, au regard des critères donnés par la doctrine, désigne le régime et les sanctions qui les gouvernent. Ainsi, si l'obligation se caractérise par la présence d'un débiteur et d'un créancier, et par son caractère patrimonial, cela signifie que l'associé peut céder cette contrainte en même temps qu'il cède ou perd sa qualité d'associé. Il peut alors se libérer de cette contrainte en cédant ses titres, sous certaines limites propres au droit civil. À l'inverse, le devoir imposé à l'associé de voter les restructurations nécessaires au redressement de l'entreprise, implique un autre régime juridique. Le devoir se caractérise d'une part par son rattachement à la qualité d'une personne ou à une fonction. Dans

²¹⁶⁴ GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, traité de droit des affaires*, T. 2, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), L.G.D.J., 22^{ème} éd. 2017, n°1534, p. 32 ; LE NABASQUE (H.), « Les devoirs de l'actionnaires », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, 6 juin 2016, p. 6 ; LE NABASQUE (H.), « Les devoirs de l'actionnaires », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, 6 juin 2016, p. 6 ; LUCAS (F.-X.), « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, 6 juin 2016, p. 50 ; COURET (A.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14 ; GENESTOUX (A.), DELSOL, « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, nov. 2015, alerte 17.

²¹⁶⁵ V. notamment sur le sujet : HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction entre le devoir et l'obligation*, th., éd. Panthéon-ASSAS, 2016 ; OUDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille. Essai d'une théorisation éthique*, th. Paris VIII, 2012 ; FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., 2017, n°24, p. 28 ; ROUBIER (P.), *Droit subjectifs et situation juridiques*, D., Paris, 1963, nos°13 et s., p. 97 ; CHAZAL (J.-P.) : « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003, p. 104.

le cadre de notre étude, il a pu être conclu que c'est la qualité d'associé qui lui impose ce devoir. D'autre part, le devoir se distingue par son caractère permanent. Le sujet actif ne peut donc s'en détacher. Dès qu'il en aura la possibilité, l'associé devra protéger les intérêts de l'entreprise.

743. Enfin, l'obligation et le devoir se distinguent par les sanctions qui leurs sont associées. Les conséquences du non-respect par l'associé des contraintes qui lui sont imposées vont différer en fonction de cette qualification de devoir ou d'obligation. En recherchant la qualification juridique de ces mesures, on a pu déterminer si elles étaient assorties de sanctions et préciser leur régime.

744. Ainsi, à travers cette étude, plusieurs points ont pu être éclaircis. Au-delà de la précision de langage, la détermination de la nature juridique avait un intérêt certain afin de préciser le régime juridique et les sanctions du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

Conclusion de la partie II.

745. Il convient de conclure que la participation de l'associé se manifeste à la fois par des obligations et des devoirs. Pour des raisons pratiques, il est permis d'employer les termes de « *devoir de secours* » à l'égard de l'associé impliqué dans le sauvetage de l'entreprise. Cependant, pour être plus précis, il est préférable de parler d'une participation contrainte à la charge de l'associé.

746. La qualification juridique des contraintes imposées à l'associé constituait une étape indispensable de notre thèse. Il fut ainsi nécessaire de qualifier les mesures imposant à l'associé de participer au financement de l'entreprise en difficulté. En prenant pour postulat les critères du patrimoine et de la structure, on peut affirmer que la libération immédiate et la reconstitution des capitaux propres à la charge de l'associé doivent être qualifiées d'obligation. L'obligation est transmissible, modifiable et peut être éteinte. Ces différents régimes propres à l'obligation peuvent être appliqués à la contrainte faite à l'associé de libérer immédiatement l'apport dès le jugement d'ouverture. L'associé peut ainsi éviter d'être soumis à cette situation en libérant son apport avant l'ouverture de la procédure collective ou en cédant cette dette. La qualification de cette contrainte, assimilée alors à une obligation, apporte une précision essentielle pour situer son régime. Le constat peut alors être fait que l'associé n'aura que très peu de moyens pour éviter de venir en aide à l'entreprise. Elle permet également d'affirmer que s'il refuse cette obligation, une sanction pourra venir le contraindre à s'exécuter.

747. L'obligation et les critères qui la caractérisent ne s'ajustent pas sur la contrainte pesant sur l'associé d'avoir à voter les restructurations. La nature extra patrimoniale et la permanence de cette manifestation de la participation contrainte de l'associé semblent être constitutives d'un devoir. À l'inverse d'une partie de la doctrine, on peut considérer que le droit de vote à une nature extra patrimoniale. Ainsi, contraindre l'associé à voter les restructurations nécessaires à la survie de l'entreprise doit plutôt orienter vers le devoir et non vers l'obligation. Le devoir se caractérise aussi par la défense d'un intérêt souvent considéré comme supérieur. Par leur posture, leur fonction ou leur pouvoir, certaines personnes disposent de prérogatives exorbitantes pouvant avoir une incidence sur d'autres personnes. Dans un souci d'intérêt général, la loi intervient pour limiter ce droit. Il en est ainsi des pouvoirs de l'associé, jusqu'ici seul maître de la vie de l'entreprise.

748. L'associé est impliqué dans le sauvetage de l'entreprise à travers des obligations et des devoirs, lesquels subissent des régimes et des sanctions différentes.

749. La qualification de cette participation contrainte de l'associé avait aussi pour objectif de déterminer le fondement de ce nouveau concept. L'étude a d'abord confirmé que ce sont les difficultés de l'entreprise qui vont éveiller cette contrainte. Il avait déjà été démontré que plus les difficultés de l'entreprise étaient présentes et la liquidation de l'entreprise proche, plus les contraintes étaient importantes. Cette graduation de la contrainte est le reflet du premier critère retenu pour l'application de cette participation contrainte : les difficultés ou la procédure collective de l'entreprise.

750. La recherche d'un fondement a aussi révélé que la participation contrainte de l'associé trouve son fondement dans la qualité même d'associé. Elle repose sur les obligations et les devoirs propres à la notion d'associé. En procédure collective, l'implication financière de l'associé trouve sa source dans deux obligations propres à chaque associé : l'obligation de libération et l'obligation de contribuer aux pertes. Il est en effet simplement demandé à l'associé de libérer immédiatement l'apport, voire de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social. Cette approche de la contrainte nous permet d'écarter l'idée d'une augmentation des engagements des associés. Enfin on rejoindra une partie de la doctrine qui ajoute à ces deux obligations une contrainte dont tout associé est redevable, l'*affectio societatis*. Souvent considéré comme découlant de la bonne foi, le devoir de voter les restructurations nécessaires au sauvetage de l'entreprise peut être assimilé à ces principes.

751. Les difficultés de l'entreprise, ainsi que la fonction même d'associé supposent un lien et un secours du second à l'égard du premier. La justification de ce nouveau lien naissant souvent à l'insu de la volonté de l'associé est en question. Plusieurs théories apportent des précisions à ce sujet. La préservation de l'économie par le sauvetage de l'entreprise peut alors être vu comme une manifestation de la théorie du risque, le législateur cherchant à anticiper un possible trouble à l'ordre économique. De façon moins générale, le lien puissant entre l'associé et la société en procédure collective consacre véritablement l'idée de la société institution. Il confirme également la thèse réaliste de la personne morale, dans la mesure où l'on considère que l'associé a des obligations et des devoirs envers la société.

752. Cette étude a pour objectif d'éclairer ce sujet, mêlant les théories du droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté. Un second objectif était d'apporter des fondements permettant de transposer cette participation contrainte à d'autres situations où l'associé générerait le redressement de l'entreprise.

TROISIEME PARTIE

L'extension mesurée de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté

753. Le droit des procédures collectives a dégagé un principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Une série de mesures permet ainsi de contraindre l'associé à s'acquitter de ses obligations et de ses devoirs. Constatant ce principe de participation naissant, on peut s'interroger sur les possibilités d'extension, ainsi que sur ses limites.

754. Dans certaines situations, la loi ne prévoit aucune contrainte à l'égard de l'associé, alors que les éléments caractérisant le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise semblent réunis. En effet, si l'on souhaite consacrer ce principe voulant impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, il faut uniformiser notre droit et imposer à l'associé de ne pas agir contre l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, lorsque l'associé a la capacité de lui venir en aide, ou d'éviter de la mettre en danger, et que cette aide ressort d'une de ses obligations ou d'un de ses devoirs, alors l'associé devra tout mettre en œuvre pour la pérenniser.

755. Plusieurs exceptions au principe de participation de l'associé peuvent être relevées. Alors que le législateur a fait évoluer la place de l'associé dans le Livre VI du Code de commerce, on constate que l'associé créancier a été épargné par les réformes. Pourtant, ce dernier dispose de droits, significatifs, pouvant entraîner la liquidation de l'entreprise en difficulté. Cette mise à l'écart de l'associé créancier peut s'expliquer par le fait que l'apporteur en compte courant est appréhendé par le droit des procédures collectives en sa seule qualité de créancier. Néanmoins, ignorer la qualité d'associé peut avoir des conséquences préjudiciables pour le sauvetage de l'entreprise. L'associé créancier pourra mettre l'entreprise en situation périlleuse s'il demande le remboursement de ses avances en compte courant. Cette situation pourrait être évitée si le droit des entreprises en difficulté retenait la qualité d'associé de l'apporteur en compte courant. Cette solution ne serait pas inédite, elle a dominé notre droit des faillites pendant plusieurs années et se retrouve encore aujourd'hui dans d'autres branches du droit. Il n'est pas inutile de rappeler que l'apporteur en compte courant est initialement un

associé, soumis à des obligations et des devoirs. Il pourrait donc se voir appliquer le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

756. On peut également regretter que le législateur n'ait pas jugé nécessaire de faciliter l'adoption d'un coup d'accordéon. Si le législateur a mis en place un dispositif d'augmentation du capital forcé afin de favoriser les reprises internes, il a négligé d'instaurer une mesure du même ordre permettant d'assurer une opération avec coup d'accordéon. Pourtant, il n'est pas rare que le tiers repreneur soumette son accord à une réduction préalable du capital social, permettant d'écarter les associés anciens. La jurisprudence va d'ailleurs en ce sens, en ce qu'elle a progressivement réduit les conditions nécessaires à l'admission d'un coup d'accordéon avec réduction du capital à zéros (**Titre I**).

757. Plusieurs solutions permettraient ainsi d'étendre le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Néanmoins, il convient de poser les limites à cette extension. L'associé ne peut se voir imposer l'apport de nouveaux fonds.

758. Tout d'abord, il en est ainsi de l'associé créancier qui demeurent naturellement libre d'avancer de nouveaux fonds à l'entreprise. En effet, dans ce cas précis, il est seul maître de la décision de participer au sauvetage de l'entreprise. Il ne peut ainsi être contraint à apporter de nouvelles avances en compte courant, malgré l'intérêt que revêt pour la société en difficulté tout apport de fonds nouveaux. Le droit des entreprises en difficulté opère ainsi différemment, en incitant l'associé à apporter de nouveaux fonds en compte courant. Bien que libre, l'associé est implicitement emmené à participer au sauvetage de l'entreprise.

759. Enfin, alors que le dispositif d'augmentation de capital forcée est destiné et conditionnée à une reprise interne, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une contrainte forçant l'associé à participer à une augmentation de capital sans reprise interne. L'introduction d'une telle contrainte se heurterait alors au principe d'intangibilité des engagements des associés, ainsi qu'à la protection qu'offre l'écran de la personne morale. Sauf à remettre en cause deux des grands principes de notre droit, la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise trouve alors une seconde limite. Ne pouvant contraindre l'associé à apporter de nouveaux apports, la loi et la jurisprudence feront en sorte de l'inciter (**Titre II**).

TITRE I

La préconisation d'une extension de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

760. Lors des récentes réformes du droit des entreprises en difficulté, le législateur a cherché à neutraliser l'associé faisant obstacle au sauvetage de l'entreprise. Deux situations échappent pourtant à cet objectif.

761. En premier lieu, l'associé créancier peut demander le remboursement de son compte en courant à tout moment sans considération pour les difficultés de l'entreprise. L'article L. 622-7 du Code de commerce il est interdit le paiement de créances nées avant le jugement d'ouverture, l'associé sera classé dans l'ordre imposé aux créanciers avant d'être éventuellement payé. L'intégration de l'associé ayant accepté le risque d'entreprise parmi les créanciers de celle-ci peut être critiquée. L'étude démontrera que l'associé créancier a une position particulière, en ce qu'il est appréhendé uniquement en sa qualité de créancier. C'est cette qualité qui ferait alors obstacle au principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Il est souhaitable de revenir sur cette conception et d'appuyer le fait que cet apporteur en compte courant est aussi un associé dont il convient d'aligner le sort sur celui des autres le privant de la faculté de demander le remboursement immédiat de son compte courant (**Chapitre I**).

762. En second lieu, le pouvoir décisionnaire de l'associé sur l'adoption d'un coup d'accordéon est largement contré par la jurisprudence. L'associé opposant se placera en effet en situation d'abus de minorité ou de majorité. Nombre de reprises internes ne seront possibles que sous la condition d'une réduction préalable du capital. L'action fondée sur l'abus du droit de vote pourra certes dissuader certains associés réfractaires à cette opération, cependant alors que à l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce a instauré un dispositif d'augmentation de capital imposé par le tribunal contre la volonté des associés, il semblerait que l'adoption d'un coup d'accordéon ne puisse, pour sa part, être forcée. Elle demeure ainsi soumise à l'approbation de l'assemblée générale, sans qu'il soit possible de forcer la décision de l'associé. En effet, l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce ne mentionne pas l'hypothèse d'un coup d'accordéon alors que cette opération sociétaire présente de nombreux intérêts pour la survie de l'entreprise. Le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise,

pourrait s'illustrer en forçant la décision de l'associé réfractaire au coup d'accordéon (**Chapitre II**).

CHAPITRE I

L'implication souhaitable de l'associé créancier dans le sauvetage de l'entreprise

763. L'expression de « *compte courant d'associé* » est apparue pour certains auteurs comme « *juridiquement impropre* »²¹⁶⁶. Selon les professeurs Le Cannu et Dondero : « *l'expression n'est pas très heureuse, mais elle est très... courante* »²¹⁶⁷. La terminologie de compte courant d'associé sera ainsi employée dans les paragraphes qui vont suivre.

Les sommes mises en compte courant correspondent à des dettes exigibles de la société envers l'associé créancier²¹⁶⁸. L'avance en compte courant est donc un prêt fait par l'associé à la personne morale²¹⁶⁹. L'associé qui voudrait utiliser ce compte pour attribuer à la société des fonds devra toutefois respecter certaines conditions, consignées à l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier²¹⁷⁰. Dans le cadre d'une politique de groupe, une société peut, dans certaines limites, faire une avance en compte courant à une société à laquelle elle est liée et qui subit des difficultés financières²¹⁷¹.

²¹⁶⁶ Le terme de « *compte courant d'associés* » relève d'une inexactitude de la pratique. La terminologie de compte d'associé serait plus appropriée. V. en ce sens : URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, th. L.G.D.J., préface de GAVALDA (C.), 1986, p. 7 ; GIBIRILA (D.), *Comptes courants d'associés*, Fasc. 1099, Juris. Cl., 5 juill. 2019n°1.

²¹⁶⁷ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°196, p. 158 ; DELPECH (X.), *Compte courant d'associé*, Rép. D. Soc., Dalloz, juill. 2021, nos°4 et s.

²¹⁶⁸ Les sommes mises en compte courant peuvent être des dividendes, des rémunérations de dirigeant ou des salaires : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°196, p. 158.

²¹⁶⁹ Cass. Com., 18 nov. 1986, *Bull. civ.*, 1986, IV, n°216, p. 187 ; *Rev. Sociétés*, 1988, p. 581, note URBAIN-PARLEANI (I.) ; *D.*, 1987, p. 283, note BOUSQUET.

²¹⁷⁰ Sont autorisés à effectuer une avance en compte courant à la société d'après l'article L. 312-2 du C.M.F. :

- Ses associés s'il s'agit d'une société de personnes (société en nom collectif ou en commandite simple)
- Ses associés ou actionnaires détenant au moins 5% de son capital s'il s'agit d'une SARL, d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée, ou d'une société en commandite par actions
- Ses gérants, administrateurs, membres du directoire ou du conseil de surveillance
- Son personnel, quelle que soit la forme de la société, mais seulement dans la limite de 10% de ses capitaux propres.

²¹⁷¹ Voir exemple dans la thèse de : URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, th. L.G.D.J., préface de GAVALDA (C.), 1986, p. 204.

764. Le compte courant d'associé est un outil de financement interne indispensable pour les sociétés en difficulté. Souvent assimilé à des fonds propres²¹⁷², ce mode de financement permet aux associés d'apporter des fonds à la société en évitant le formalisme lourd d'une augmentation de capital, nécessitant une modification des statuts²¹⁷³. Bien que cette technique présente de nombreux avantages et soit très utilisée en pratique²¹⁷⁴, elle reste contrainte afin de lutter contre la sous-capitalisation des sociétés arborant d'importants comptes courant²¹⁷⁵.

Malgré leur différence, ces deux techniques de financement des sociétés ne sont pas pour autant incompatibles. L'associé pourra utiliser son avance en compte courant et la convertir le cas échéant en capital. En outre, si le plan prévoit une augmentation de capital social, les associés entrants pourront libérer leurs apports par une compensation avec leurs créances constituées sur la société²¹⁷⁶. Les deux techniques peuvent donc être complémentaires.

765. Le compte courant d'associé constitue par sa souplesse financière et ses avantages fiscaux un atout remarquable pour des investisseurs désireux d'investir dans une entreprise en difficulté. Rappelons que la créance en compte courant d'associé dispose de bonnes chances de remboursement si la situation de la société se bonifie suffisamment, qu'elle peut être rémunérée par un intérêt, que ce remboursement interviendra sans fiscalité à l'inverse de certains remboursements de sommes en capital. La problématique sera de déterminer le régime des remboursements de ces avances. La situation financière de l'entreprise peut être fragilisée par le retrait de ces fonds en compte d'associés. Ainsi, l'associé pourrait mettre en péril le redressement de la société par une demande de remboursement de son avance en

²¹⁷² Certains considèrent que les comptes courants d'associés peuvent être assimilés à des capitaux propres. Ces comptes courants existants, dans certains cas, depuis plusieurs années, ils peuvent être en continuelle augmentation. Aux États Unis, les prêts d'associés sont requalifiés par les tribunaux d'insolvabilités en capitaux propres, lorsque la situation du débiteur est tellement dégradée que d'autres prêteurs n'auraient pas consenti un tel prêt (DI MARTINO (DI MARTINO (M.), « Fonds propres et quasi-fonds propres ou concept de surface financière élargie », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, Novembre 2015, prat 3.). Cette requalification interviendra uniquement quand la situation de l'entreprise est vraiment préoccupante (DEGENHART (J.-E.), « Voyage à travers les pays de la subordination des prêts d'associé », *BJE*, 1 mai 2015, n°3, p. 175). C'est pourquoi il nous semble admis de dire que les avances en compte courant constituent, après l'augmentation de capital, un deuxième moyen de renforcement des capitaux propres pour les associés, au point que la pratique comptable a pu parler de « *quasi fonds propres* ».

²¹⁷³ PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°982, p. 426 ; LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°196, p. 159.

²¹⁷⁴ DELPECH (X.), *Compte courant d'associé*, Rép. Dr. Soc., Dalloz, Juill. 2021, n°1.

²¹⁷⁵ Ce qui est contradictoire car le législateur en favorisant la création de société avec un capital minimum dérisoire favorise le déséquilibre entre le montant du capital social et le montant des comptes courants. V. en ce sens. CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés.*, 1982, p. 312, n°23, note SORTAIS (J.-P.).

²¹⁷⁶ C. Com. Art. L. 626-3, al. 4. ; VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « Compensation des créances et libération du capital social », *RLDC*, févr. 2004.

compte courant. Cette demande serait dissonante dans un contexte légal mettant en place un principe de secours de l'associé.

766. Cependant, la jurisprudence tient à dissocier les qualités d'investisseur en compte courant²¹⁷⁷ de celles d'associé. Les juges considèrent que la nature du versement de sommes en compte courant donne à son titulaire la qualité de créancier, nonobstant la qualité d'associé acquise par ailleurs en contrepartie d'apports en capital. Cette vision focalisée sur la seule qualité de créancier peut expliquer que l'apporteur en compte courant ne soit pas contraint à participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Cette exonération de charges de l'apporteur en compte courant peut toutefois être préjudiciable. Il s'agit alors de démontrer que la qualité de l'apporteur en compte courant ne devrait pas occulter la qualité d'associé (**Section I**).

767. Une fois la qualité d'associé de l'apporteur en compte courant, on pourra alors envisager de mettre un terme à ce risque que fait peser le droit de remboursement la créance en compte courant de l'associé sur l'entreprise. En effet, il paraîtra possible de lui appliquer le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Cette solution déjà consacré par d'ancienne jurisprudence, se justifierait par le devoir d'*affectio societatis*, inhérent à tout associé, et par la préservation de l'intérêt de l'entreprise (**Section II**).

²¹⁷⁷ Nous préférons le terme d'investisseur au terme d'apporteur en compte en courant qui peut prêter confusion et renvoyer à l'apport en capital. L'apport étant associé à la notion d'associé (VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, nos^o17 et s., p. 26).

SECTION I

La qualité de créancier du titulaire de l'avance en compte courant : un obstacle au sauvetage de l'entreprise

768. La nature juridique de l'avance en compte courant a suscité de nombreuses controverses. La question était de savoir si l'avance en compte courant était un apport ou une créance. Finalement, la jurisprudence a affirmé par une série d'arrêts que le titulaire d'une avance en compte courant devait être appréhendé en sa qualité de créancier et non d'associé. Cette conception explique l'absence de participation de l'associé prêteur au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

769. Afin de déterminer si l'associé créancier devait être soumis au devoir qu'implique la qualité d'associé, la jurisprudence a eu à juger de la qualité du prêteur. Plusieurs arguments démontrent que l'avance en compte courant doit être assimilée à un prêt et que son titulaire est un créancier. Cette solution permet de laisser à ce mode de financement une certaine efficacité puisqu'elle jouit d'une grande souplesse. Cependant, elle n'est pas exempte de tous reproches, dans la mesure où elle laisse à l'associé le pouvoir de décider du sort de l'entreprise en difficulté (§I). Il serait alors plus opportun d'appréhender l'apporteur en compte courant en sa qualité d'associé (§II).

§I - Les aspects négatifs de la conception actuelle, traitant l'associé créancier uniquement en sa qualité de créancier

770. L'associé titulaire d'un compte courant créditeur va être considéré comme un créancier par le droit des procédures collectives. Le choix c'est ainsi fixé sur la nature de l'avance, assimilée à une créance, plutôt que sur la qualité d'associé de son titulaire (A). Si cette solution est juste, elle peut apparaître cependant préjudiciable pour le sauvetage de l'entreprise (B).

A) La qualité de créancier, une qualité incompatible avec le principe de participation de l'associé

771. Selon la jurisprudence, c'est la nature de l'avance qui détermine la qualité dominante de son titulaire. L'avance en compte courant étant assimilée à un prêt ou une opération de crédit²¹⁷⁸, son titulaire doit être considéré comme un créancier.

772. **L'associé prêteur : Un Janus aux visages d'associé et de créancier.** Le professeur Barbiéri évoquait en parlant de l'associé qu'il pouvait être « *créancier dans l'entreprise* » ou « *créancier de l'entreprise* »²¹⁷⁹. Cette expression renvoie à la créance d'apport en compte d'associé²¹⁸⁰. Cette double qualité d'associé et de prêteur a suscité de nombreux débats doctrinaux²¹⁸¹ et jurisprudentiels²¹⁸² sur la qualification de l'associé consentant une avance en compte courant.

Dans cette confrontation entre droit des affaires et droit des obligations, il semblerait que la victoire soit acquise au second²¹⁸³. On peut désormais admettre que l'associé prêteur est un créancier. En effet, la loi n'a pas donné de statut particulier à l'associé, ce qui lui permet d'être également créancier de la société²¹⁸⁴. Il a été démontré en jurisprudence que l'avance en compte

²¹⁷⁸ C. Mon. Fin. Art. L. 313-1 : « *Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux 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* ».

²¹⁷⁹ BARBIERI (J.-F.), « Associés et obligataires d'une société « failli » », *LPA*, 20 mai 1992, p. 26, spéc., p. 28.

²¹⁸⁰ CERATI-GAUTIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos^o99 et s., p. 89.

²¹⁸¹ V. not. COURET (A.), « Dépendance ou indépendance des qualités d'associés et d'apporteur en compte courant », *Bull. Joly.*, 1992, p. 7.

²¹⁸² Pour la thèse en faveur de l'indissociabilité des qualités d'associés et de créanciers : CA Versailles, 20 sept. 1996, *RTD Com.*, 1997, n^o461, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; CA Paris, 5 mai 1995, *Dr. Sociétés*, p.7, n^o183, obs. BONNEAU (T.) ; CA Caen, 16 janv. 1990, *BJS*, 1991, p. 916, § 326, note LE CANNU (P.) ; À noter que ces arrêts ne sont que des jurisprudences du fond.

Pour la thèse en faveur de l'indépendance de la qualité d'associé et de créancier : Cass. Com., 8 déc. 2009, n^o08-16.418, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A.) ; Journal des sociétés, 1 déc. 2012, n^o104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; *Gaz. Pal.*, Mars-avr. 2010. Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2011, comm. n^o147, note MORTIER (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; *RTD Com.*, 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Civ., 3 févr. 1999, n^o97-10.399, *Dr. Sociétés*, 1999, comm. 68 ; RDI, 1999, 265, obs. GROSLIERE (J.-C.) ; *RTD Com.*, 1999, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; Cass. Com., 24 juin 1997, n^o95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n^o207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997, Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998, 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997, 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998, 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Defrénois*, 1998, art. 36811, n^o2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998, 178, obs. HALLOUIN (J.-C.) ; CA Versailles, 3 déc. 1991, *BJS*, 1991, n^o461, note COURET (A.) ; Cass. Com., 25 janv. 1982, *BJS* 1982, p. 266 ; Cass. Com., 15 juillet 1982, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 75, note SORTAIS (J.-P.).

²¹⁸³ « *Dans cette forme juridique de la tectonique des plaques, c'est le droit des obligations, plaque pourtant la plus ancienne, dont la Cour de cassation assure la primauté* » : DANET (D.), « Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », *RTD Com.*, 1993, p. 69.

²¹⁸⁴ CERATI-GAUTIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305.

courant n'est pas constitutive d'un apport ou d'un quasi apport²¹⁸⁵, mais d'un prêt²¹⁸⁶. L'intéressé doit alors être considéré comme un créancier de la société²¹⁸⁷. La jurisprudence réaffirme de façon régulière ce « *principe d'indépendance des qualités d'associé et de créancier* »²¹⁸⁸.

773. L'amalgame entre l'apport en capital et l'avance en compte d'associé.

Ainsi, la notion d'apport en capital et celle d'avance en compte d'associé ne doivent pas être confondues²¹⁸⁹. L'apport participe à la formation du capital et ne peut être remboursable qu'à la dissolution de la société ou lors de la cession de parts sociales. Les avances en compte d'associé, au contraire, sont des prêts consentis par l'associé à la société. Ils sont remboursables à tout moment car échappant au principe de fixité du capital, sauf dispositions conventionnelles ou statutaires plus contraignantes²¹⁹⁰. Ce prêt ne rentre pas non plus dans le gage des créanciers. On ne peut donc pas opposer à une demande de remboursement du solde de l'avance en compte courant, le « *principe de participation aux pertes* »²¹⁹¹. La différence se fait également au niveau de la rémunération. L'associé perçoit en échange de son apport des dividendes, alors que l'associé-prêteur cumulera des intérêts déterminés par le contrat de prêt et sans subir l'aléa des résultats de l'entreprise. Compte tenu de tous ces éléments, on peut affirmer que l'associé-prêteur a la double qualité d'associé et de créancier de la société, et cela de façon indépendante²¹⁹².

Le droit des entreprises en difficulté ne déroge pas à cette règle et applique strictement ce principe d'indépendance des qualités d'associé et de créancier. Ceci explique que la nouvelle

²¹⁸⁵ CA Aix-en-Provence, 14 nov. 1980, cassé par Cass. Com., 15 juillet. 1982, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 75, note SORTAIS (J.-P.).

²¹⁸⁶ Cass. Com., 18 nov. 1986, n°84-13.750, *Bull. civ.*, 1986, IV, n°216 ; *JCP éd. E*, 1987, II, 20806, note JEANTIN (M.) ; *Rev. Sociétés*, 1987, p. 581, note URBAIN-PARLEANI (I.) ; *RD bancaire et bourse*, 1987, n°1, p.3, obs. JEANTIN (M.) et VIANDIER (A.).

²¹⁸⁷ Sur l'action en paiement du solde du compte courant et la compétence du liquidateur en liquidation judiciaire : V. en ce sens : Cass. com., 23 sept 2014, n° 12-29.262 et n° 13-15.437, n° 832, F-P+B, *Sté L7 c/ M. Raynaud, ès qualités et a.* : *JurisData* 2014-021772 ; *BJS*, 1 déc. 2014, n°12, p. 712-714, note MOUIAL-BASSILANA (E.) ; *A contrario* : CA Riom, ch. com., 11 juil. 2012 ; *Act. proc. coll.*, 2014-18, comm. 319, obs. PAGNUCCO (J.-Ch).

²¹⁸⁸ COURET (A.), « Dépendance ou indépendance des qualités d'associés et d'apporteur en compte courant », *Bull. Joly*, 1992, p. 7 ; DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », *A.J.C.A.*, 2018, p. 459.

²¹⁸⁹ CERATI-GAUTIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°66, p. 66.

²¹⁹⁰ Cass. Civ., 3 mai 2018, n°16-16.558, *JCP éd. E.*, 28 mars 2019, n°13, p. 19-20, note Pagnucco (J.-C.) ; *JCP éd. E.*, 11 oct. 2018, n°41, p. 61, note HOVASSE (H.) ; *JCP éd. N.*, 5 oct. 2018, n°40, p. 34, note STORCK (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1 août 2018, n°8, p. 24, note HOVASSE (H.) ; *BJS*, 1 juill. 2018, n°7, p. 428, note BARBIERI (J.-F.) ; DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », *A.J.C.A.*, 2018, p. 459 ; HOVASSE (H.), « Le remboursement du compte courant d'associé », *Dr. Sociétés*, 2018, Comm. 140.

²¹⁹¹ C'est donc à tort que la cour d'appel d'Aix a considéré que la demande de remboursement de l'associé prêteur était non fondée, car contraire au principe de participation aux pertes (CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 308, note SORTAIS (J.-P.)).

²¹⁹² COURET (A.), « Dépendance ou indépendance des qualités d'associés et d'apporteur en compte courant », *Bull. Joly*, 1992, p. 7.

orientation choisie par le législateur à propos de l'associé et de son implication dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté ne soit pas étendue au cas de l'associé créancier. Par sa qualité de créancier, l'apporteur en compte courant demeure libre de participer au financement de l'entreprise ou de demander le remboursement de sa créance en compte courant.

Le principe de participation de l'associé est en effet soumis à deux conditions : la qualité de l'associé et les obligations qui en découlent. L'absence de reconnaissance de la qualité d'associé explique que l'associé créancier ne soit pas impliqué dans le sauvetage de l'entreprise. Le législateur n'ayant pas réservé de régime spécifique à l'avance en compte courant afin de conserver une certaine souplesse et inciter les associés à recourir à ce mode de financement.

774. Cette absence de restriction peut toutefois s'avérer préjudiciable dans le cadre d'une entreprise en difficulté.

B) La qualité de créancier, un obstacle au sauvetage de l'entreprise par son influence

775. Le financement de l'entreprise par la voie du compte courant présente de nombreux avantages, le législateur se doit alors de rendre attractif en limitant les atteintes faites aux droits des associés créanciers. Néanmoins, il semble que dans certains cas, il soit difficile de faire abstraction de la qualité d'associé de ces bailleurs de fonds. Cette liberté accordée aux associés créanciers peut alors mettre en échec certaines dispositions résultant du nouveau principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Le dispositif de cession forcée des titres de l'associé, ayant pour objectif de permettre une reprise interne, perdra de son efficacité si l'associé créancier avait financé l'entreprise par d'importantes avances en compte courant (1). Enfin, la présence de ces associés au sein des comités de créanciers pourra aussi s'avérer préjudiciable (2).

1 - L'influence de l'associé créancier par son avance en compte courant

776. Le principe d'indépendance des qualités des associés et des créanciers explique que la cession forcée des titres de l'associé n'impose pas la cession forcée du solde de son compte courant. Ce principe risque néanmoins de faire échec au dispositif de cession forcée des titres, lequel cherche à évincer définitivement de l'entreprise la personne en ayant le contrôle.

777. La distinction entre la cession forcée des titres et la cession de créance en compte courant. Plusieurs jurisprudences permettent d'appuyer la solution basée sur la qualité de créancier de l'apporteur en compte courant. En effet, la dissociation des qualités d'associé et de créancier, a pour prolongement la distinction entre la cession de titres et la cession de créance en compte courant. La jurisprudence²¹⁹³ considère que la cession de droits sociaux n'entraîne pas automatiquement la cession du solde du compte courant²¹⁹⁴.

Le droit positif considère que la cession du compte courant porte simplement sur une créance, alors qu'il pourrait appréhender cette cession comme une cession de contrat²¹⁹⁵. Cette solution reste purement théorique, car la convention des parties peut en convenir différemment²¹⁹⁶. En pratique, la cession des titres sociaux peut être accompagnée d'une cession du solde du compte courant de l'associé cédant. Il faut donc bien spécifier dans la convention de cession de titres, le devenir de la créance en compte courant. L'associé cédant pourra éventuellement abandonner son solde créditeur, même si cette hypothèse est défavorable sur le plan fiscal.²¹⁹⁷ Ainsi, même si l'associé perd sa qualité suite à la cession de ses titres, il peut conserver son droit de créances sur la société.

778. Le maintien de l'associé créancier malgré la cession forcée de ses titres. Appliqué aux nouvelles dispositions du droit des procédures collectives, on peut considérer que l'associé contraint de céder ses titres, en application de l'article L. 631-19-2, 2° du Code de commerce, pourra tout de même conserver ses droits sur le solde de son compte courant. Cette cession forcée destinée à neutraliser le contrôle du dirigeant ou de l'associé sur la société risque donc de provoquer la gêne occasionnée par la subsistance d'un droit de créance important de

²¹⁹³ « Il reste que la jurisprudence ne dévie pas des principes concernant le sort du compte-courant en cas de cession des droits sociaux. Elle considère que cession de droits sociaux n'est pas cession de compte-courant » : MORTIER (R), « Sort du compte courant d'associé en cas de cession », *Dr. Sociétés*, n°4, avril 2013, comm. 60 ; V : Cass. Com., 11 janv. 2017, n°15-14.064, *JCP éd. N.*, 14 juill. 2017, n°28, p. 36, note STORCK (P.) ; *Gaz. Pal.*, 1 mars 2017, n°12, p. 75, note MOULIN (J.-M.) ; *Deffrénois*, 6 févr. 2017, n°5, p. 8 ; *RLDA*, 1 févr. 2017, n°123, p. 6 ; V. également : Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-12.063, FS-D, *Sté Copra c/ Sté Cavo Di l'Acqua*, Cah. Dr. Entr., 1 sept. 2009, n°5, p. 67 ; *Rev. Fid.*, 1 déc. 2006, 2006-6, P. 180 ; *BJS*, 1 mai 2005, n°5, p. 631, note LUCAS (F.-X.) ; *RJDA*, 3/2005, n° 262 ; CA. Versailles, 25 sept. 2007 : *Dr. Sociétés*, févr. 2008, n°34, Obs. MONNET (J.) ; *Dr. Sociétés*, 2008, comm. 34 ; CA Paris, 3e ch., 2 juin 1992, *Marques c/ Sté Marques Pressing* : *JurisData* n° 1992-600419 ; *BJS*, 1992, p. 942, note COURET (A.).

²¹⁹⁴ MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., LMD, éd. 2016, n°399, p. 165 ; Pour une cession de titre : V. en ce sens : CA. Versailles, 25 sept. 2007 : *Dr. Sociétés*, févr. 2008, n°34, Obs. MONNET (J.) ; Pour une donation de titre : Cass. Civ., 18 nov. 2009, n°08-18.740, PB, *Dr. Sociétés*, févr. 2010, n°23, obs. MORTIER (R.) ; *BJS*, 1 mars 2010, n°3, p. 241, note GARÇON (J.-P.) ; BARBIERI (J.-F.), « Cession de droit sociaux et sort du compte courant », *BJS*, 2008, § 37, p.160.

²¹⁹⁵ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°197, p. 159.

²¹⁹⁶ BARBIERI (J.-F.), « Sur le sort du compte courant en cas de cession de titres », *BJS*, 2008, p. 160.

²¹⁹⁷ Cass. Com., 11 sept. 2012, n°11-20.034, *Gaz. Pal.*, 3 mai-juin, p. 1929, note DONDERO (B.).

l'associé cédant. Le solde du compte courant devrait alors être cédé, dans la mesure du possible, contre indemnisation.

779. L'associé créancier est ainsi jugé par la jurisprudence comme un simple créancier, sans considération de sa qualité d'associé. Dans le même sens, le législateur a choisi d'appréhender l'apporteur en compte courant comme un créancier.

2 - L'influence de l'associé créancier par sa présence au sein du comité des établissements de crédit

780. La jurisprudence a reconnu au prêteur de fonds en compte courant la qualité de créancier. À ce titre, il semble que l'associé créancier puisse prétendre à participer aux débats au sein des comités de créanciers, alors que ses intérêts s'opposent bien souvent à ceux des créanciers.

781. La présence des associés dans les comités de créanciers. Il est légitime de s'interroger sur la légitimité de la présence de l'associé au sein des comités des créanciers du fait de son avance en compte courant. La loi du 26 juillet 2005²¹⁹⁸ a instauré deux comités²¹⁹⁹, celui des établissements de crédit et celui des principaux fournisseurs²²⁰⁰. Ces deux comités ont été complétés par un troisième, l'assemblée des obligataires. De toute évidence, les associés ne peuvent ni faire partie des comités des principaux fournisseurs, ni de l'assemblée générale unique des obligataires. Rien ne semble s'opposer au contraire à leur présence au sein des comités des établissements de crédit²²⁰¹ dont la composition a été étendue avec l'ordonnance de 2008 à tout « *autre entité* » avec laquelle le débiteur aurait contracté une opération de crédit²²⁰². La clef de l'entrée à ces comités serait donc l'octroi d'un crédit à la société, dont l'associé pourrait disposer par sa créance en compte courant. Tout d'abord il convient de préciser que

²¹⁹⁸ Rapidement modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 : DAMMAN (R.), PODEUR (G.), « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP éd. E*, 2009, 2094.

²¹⁹⁹ C. Com. Art. L. 626-30.

²²⁰⁰ V. sur la composition de ces comités : BREMOND (G.), SCHOLASTIQUE (E.), « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP éd. E*, 2006, n°1405.

²²⁰¹ En ce sens : DELZANT (E.), « Etude comparative de la pratique des restructurations en France et en Allemagne », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, janvier 2014, étude 3, n°17.

²²⁰² C. Com. Art. R. 626-55, al. 2 : « *Les sociétés de financement, les établissements de crédit et ceux assimilés sont ceux mentionnés à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les institutions mentionnées à l'article L. 518-1 du même Code, les établissements intervenant en libre établissement ou en libre prestation de services sur le territoire des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen mentionnés au livre V du même Code et toute autre entité auprès de laquelle le débiteur a conclu un opération de crédit* ».

ces comités ne sont pas composés uniquement de professionnels²²⁰³. De plus, la présence des titulaires d'avance en compte courant peut se justifier notamment par le fait que l'on peut convertir une créance en capital, notamment une créance en compte courant²²⁰⁴. Les associés souvent dirigeants de la société font partie du comité des établissements de crédit pour leurs concours envers la société, notamment sous forme d'avances en compte-courant²²⁰⁵.

Certains auteurs s'opposent à leur présence au sein de ce comité, jugeant que le comité des établissements de crédit regroupe « *des catégories de créanciers trop hétérogènes et poursuivant des objectifs généralement contradictoires* »²²⁰⁶.

Il est encore notable que désormais, les comités de créanciers²²⁰⁷ peuvent présenter un projet de plan concurrent à celui du débiteur²²⁰⁸. La présence des associés au sein du comité risque de perturber ou de faire échec au débat de proposition de plan²²⁰⁹. Les associés pourraient par exemple s'opposer à une procédure de cession forcée des titres ou entraînant leur dilution.

L'adoption du plan, en procédure de sauvegarde comme en redressement, devra être validée par chacun des comités conformément à l'article L. 626-30-2 du Code de commerce et par l'assemblée des obligataires dans les conditions prévues par l'article L. 626-32²²¹⁰. La présence des associés dans les comités pourrait ainsi s'avérer conflictuelle. L'associé créancier pourra en effet voter le projet de plan au titre de sa créance en compte courant, mais sa participation ne devrait en aucun cas perturber l'adoption du projet de plan. Les décisions au sein du comité doivent être prises à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote²²¹¹. On peut également regretter que le projet adopté par les

²²⁰³ Pour l'exemple de *hedge funds* revendiquant l'absence de qualification d'établissement de crédit (telle que visée par le décret d'application de la loi de sauvegarde : D. n°2005-1677, 28 déc. 2005 : JO 29 déc. 2005, p. 20324) dans l'affaire Eurotunnel : LAURENT (N.), MICHELLE (J.), « Le point de vue du praticien sur dix principales mesures du projet de réforme de la sauvegarde », *JCP éd. G*, 2008, I, 214, spéc., n°17 ; BOUGHIDA (S.), LOMBARD (P.), « Réforme de la sauvegarde : Le nouveau dispositif sera-t-il plus efficace ? », *JCP éd. E*, 2009, 1380, n°22.

²²⁰⁴ Le silence de l'associé ou actionnaire vaut refus ; VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *revue des procédures collectives* n°1, janv. 2011, étude 4, p. 20.

²²⁰⁵ V. en ce sens : PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°982, p. 426 ; DAMMAN (R.), ROBINET (M.), « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur », *BJS*, 2009, § 227, p. 1116, spéc. p. 1121.

²²⁰⁶ DELZANT (E.), « Etude comparative de la pratique des restructurations en France et en Allemagne », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, janvier 2014, étude 3, n°17.

²²⁰⁷ La faculté de proposer un projet de plan dépend de la constitution des comités de créanciers. L'entreprise en procédure collective doit avoir 20 millions d'euros de chiffre d'affaires ou 150 salariés, hors hypothèse de sauvegarde accélérée. Si les seuils ne sont pas atteints, le débiteur ou l'administrateur pourront motiver auprès du juge-commissaire leur volonté de constituer les comités de créanciers (C. Com. Art. L. 626-29).

²²⁰⁸ Tout projet de plan soumis par un créancier membre d'un comité fera l'objet d'un rapport de l'administrateur : C. Com. L. 626-30-2, al. 1.

²²⁰⁹ Les créanciers pourraient demander la mise en fiducie d'une créance d'actionnaire.

²²¹⁰ C. Com. Art. L. 626-31.

²²¹¹ C. Com. Art. L. 626-30-2, al. 4.

créanciers n'ait pas plus de force sur les associés. L'associé dans cette configuration détient toujours un droit de veto sur les modifications du capital ou les conversions de créance en capital. Aucune prise de contrôle ne sera donc possible sans son accord.

782. La prise en considération de la qualité d'associé de l'apporteur en compte courant apparaît ainsi comme logique et opportune.

§II - L'évolution souhaitable au regard de la directive, l'associé créancier distingué des autres créanciers

783. Le droit des entreprises en difficulté appréhende l'associé apporteur de fonds en compte courant uniquement en sa qualité de créancier. En ce sens, le législateur a fait le choix de ne pas impliquer l'associé créancier dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, prenant le risque de mettre en danger le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

L'associé, néanmoins, n'est pas un créancier comme les autres. En effet, il est difficile de l'appréhender en sa seule qualité de créancier et de le confondre avec les autres, alors que leurs intérêts sont souvent divergents.

784. Pour faire contribuer l'associé créancier au sauvetage de l'entreprise en difficulté, il faudrait l'appréhender en sa qualité d'associé. Néanmoins, la directive 2019 /1023 du 20 juin 2019 a conforté la solution retenue par notre droit des entreprises en difficulté, distinguant nettement l'associé des créanciers. Cependant, si cette solution est bienvenue pour favoriser l'adoption des opérations sociétaires favorisant le sauvetage de l'entreprise, elle paraît inadaptée concernant l'associé créancier **(A)**. Hors procédure collective, plusieurs exemples démontrent d'ailleurs que la qualité d'associé de l'apporteur en courant est souvent retenue **(B)**.

A) La solution inadaptée de la directive, prônant une distinction des qualités d'associé et de créancier

785. La directive 2019/1023 du parlement européen et du conseil du 20 juin 2019²²¹² prévoit en son article 12, concernant les détenteurs de capital, que les états doivent veiller à ce

²²¹² Cette directive est plus exactement relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration,

que les actionnaires ou autres détenteurs de capital ne puissent empêcher l'adoption et la mise en œuvre du plan de restructuration²²¹³. La directive marque ainsi une distinction entre les détenteurs de capital et les créanciers, d'une part car elle permet aux États membres de les répartir dans des classes distinctes et, d'autre part, car elle incite les États à favoriser les mécanismes tendant à faciliter l'adoption de plan de restructuration en imposant certaines contraintes aux associés.

786. L'introduction de classes de créanciers. La directive 2019/1023 du 20 juin 2019 qui tend à favoriser l'adoption des plans de restructuration, amorce à cette fin un rééquilibrage entre les intérêts des associés et ceux des créanciers.

Afin d'atteindre cet objectif, le législateur européen tend à bien distinguer les détenteurs de capital des créanciers. La création des classes de créanciers, projet central de la directive, en est un exemple.

Cette nouvelle organisation des créanciers par classes témoigne de la volonté de défendre les créanciers en augmentant leurs droits²²¹⁴ et de les faire participer à la restructuration de l'entreprise. Ils pourront être impliqués dans cette restructuration, soit par l'exercice de leur droit de vote²²¹⁵ soit en proposant un plan de restructuration²²¹⁶. Notons que cette dernière

d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité).

²²¹³ « 1. Lorsque les États membres excluent les détenteurs de capital de l'application des articles 9 et 11, ils veillent par d'autres moyens à ce que ces détenteurs de capital ne puissent empêcher ou rendre difficiles, de façon déraisonnable, l'adoption et la validation d'un plan de restructuration.

2. Les États membres veillent aussi à ce que les détenteurs de capital ne puissent empêcher ou faire entrave, de façon déraisonnable, à la mise en œuvre d'un plan de restructuration.

3. Les États membres peuvent adapter la définition d'empêcher ou de créer un obstacle de façon déraisonnable en vertu du présent article à la prise en compte, entre autres, du fait que le débiteur est une PME ou une grande entreprise ; des mesures de restructuration proposées ayant une incidence sur les droits des détenteurs de capital ; du type de détenteur de capital ; du fait que le débiteur est une personne morale ou physique ; ou de la question de la responsabilité limitée ou illimitée des partenaires dans une entreprise » : 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, Art. 12.

²²¹⁴ Sur l'augmentation des droits des créanciers : MONTERAN (T.), « Personne ne doit faire faillite en raison du Covid-19 », *Gaz. Pal.*, 12 janv. 2021, n°394s8, p. 48. Sur la défense des créanciers, la directive insiste sur ce point en son article 9 sur le fait que les États membres doivent « veiller à ce que la répartition en classes s'effectue d'une manière visant en particulier à protéger les créanciers vulnérables, comme les petits fournisseurs ». 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, Art. 9.4.

²²¹⁵ 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, Art. 9.2, al. 1.

²²¹⁶ Il s'agit que d'une possibilité pouvant être prévu par les États membres. Directive (UE) 2019/1023 du parlement européen et du conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise

possibilité a déjà été consacré en droit français, par l'ordonnance du 12 mars 2014, et l'article L. 262-30-2, al. 1^{er} qui dispose que : « *tout créancier d'un comité peut également soumettre un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur* ».

Actuellement, les plans de sauvegarde et de redressement peuvent être adoptés, soit après consultation de l'ensemble des créanciers, soit après consultation des comités de créanciers. Les créanciers peuvent en effet être répartis en trois comités : le comité des principaux fournisseurs, le comité des établissements de crédits et assimilés ou l'assemblée des obligataires²²¹⁷.

La directive 2019/1023 du 20 juin 2019 prévoit en son article 9.4 que : « *Les États membres veillent à ce que les parties affectées soient réparties dans les classes distinctes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante, sur la base de critères vérifiables, conformément au droit national. Au minimum, les créanciers garantis et non garantis sont répartis en classes distinctes aux fins de l'adoption du plan de restructuration* »²²¹⁸.

La directive laisse aux États membres la possibilité d'organiser les classes de créanciers, à condition que ces classes de créanciers soient représentatives d'une communauté d'intérêts suffisante. La répartition entre les créanciers concernés par le plan pourra également se concevoir en fonction « *du rang de leur de créance et de leurs intérêts dans la restructuration* »²²¹⁹. L'objectif de cette organisation par classes de créanciers étant de faciliter l'adoption du plan de restructuration²²²⁰.

La loi pourrait ainsi répartir les actionnaires et les autres détenteurs de capital dans différentes classes selon leurs droits et leurs intérêts²²²¹. Cette distinction démontre que le législateur européen fait bien la distinction entre les associés, ou autres détenteurs de capital, et les créanciers.

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, Art. 9.1, al. 1.

²²¹⁷ Ce système des comités de créanciers était très critiqué : DAMMANN (R.), « Directive « restructuration et insolvabilité » : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.*, 2019, p. 2047 ; DAMMANN (R.), « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », in Mélanges en l'honneur de WITZ (C.), LexisNexis 2018, p. 223.

²²¹⁸ DAMMANN (R.), « Directive « restructuration et insolvabilité » : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.*, 2019, p. 2047.

²²¹⁹ LAMY (M.), « La directive « restructuration et insolvabilité » : le déroulement de la restructuration préventive », nov. 2019, *RLDA*, n°153, p. 53.

²²²⁰ *Ibid.*

²²²¹ Les vote des différentes classes dépendrait alors des droits de leurs détenteurs. Les classes des créanciers dissidentes n'ayant pas d'intérêt à la restructuration devraient alors bénéficier d'une mesure de « *désintéressement intégral* » : V. 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, §56.

787. L'introduction de mécanisme favorisant l'adoption du plan de restructuration. La directive 2019/1023 du 20 juin 2019²²²² prévoit une nouvelle organisation des créanciers regroupés en classes qui doivent représenter une communauté d'intérêts, laquelle favorise l'adoption du plan de restructuration²²²³.

Pour être adopté, le plan de restructuration devra être approuvé par les parties affectées par celui-ci, les parties non affectées n'ayant pas le droit de vote. Selon l'article 9.5 de la directive 2019/1023 : « *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 en outre exigent qu'une majorité du nombre des parties affectées soit obtenue dans chaque classe* ».

Le plan devra être adopté à la majorité, laquelle sera fixé par les États membres. La majorité exigée ne peut excéder 75% du montant des créances ou intérêts dans chaque classe, étant précisé que les États membres peuvent y ajouter une majorité en nombre de créanciers, avec un maximum de 50%²²²⁴.

Le refus d'une classe de créanciers ne pourra pas faire échec à l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

De plus, même si le plan n'est pas adopté par une majorité des classes des créanciers, la directive envisage un mécanisme appelé « *application forcée interclasse* »²²²⁵ du plan (cross class cram down)²²²⁶. Sous la condition que le débiteur donne son accord, ce mécanisme pourra être mis en œuvre dans deux cas. Si le plan a été approuvé :

« *i) par une majorité de classes de parties affectées autorisées à voter, à condition qu'au moins une de ces classes de créanciers soit une classe de créanciers garantis ou ait un rang supérieur à celui de la classe des créanciers chirographaires ; ou à défaut,*

ii) par au moins une classe des classes de détenteurs de capital ou toute autre classe qui, après détermination de

²²²² Cette directive est plus exactement relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dette et aux déchéances, 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).

²²²³ Sur l'adoption des plans de restructuration : 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, Art. 9.

²²²⁴ COTRET (L.), « Loi PACTE : Évolutions actuelles et à venir en matière de droit des entreprises en difficulté », *RLDA* 6790, suppl. Sept. 2019, n°151, p. 32.

²²²⁵ 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, Art. 11.

²²²⁶ Sur ce mécanisme : V. COTRET (L.), « Loi PACTE : Évolutions actuelles et à venir en matière de droit des entreprises en difficulté », *RLDA* 6790, suppl. Sept. 2019, n°151, p. 32.

la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité, n'aurait droit à aucun paiement ou à ne conserver aucun intéressement, ou, si le droit national le prévoit, dont on peut raisonnablement supposer qu'elle n'aurait droit à aucun paiement ou à ne conserver aucun intéressement si le classement normal des priorités de liquidation était appliqué conformément au droit national »²²²⁷.

788. L'introduction de mécanisme favorisant la participation de l'associé. Afin d'optimiser les chances de restructuration de l'entreprise, la directive 2019/1023 du 20 juin 2019 suggère aux États membres de prévoir des mécanismes visant à s'assurer que les associés, créanciers hypo chirographaires, ne viendront pas faire obstacle à l'adoption du plan.

Le législateur européen a en effet arbitré le poids respectif des associés et des créanciers, au bénéfice de ces derniers.

La directive 2019/1023 du 20 juin 2019 précise en son article 12 qui vise les détenteurs de capital que les États membres « *doivent veiller à ce que les détenteurs de capital ne puissent empêcher ou rendre difficiles, de façon déraisonnable, l'adoption et la validation d'un plan de restructuration* ». Les États membres doivent encore veiller à ce que les détenteurs de capital ne puissent pas empêcher ou faire entrave à la mise en œuvre du plan de restructuration. Le législateur européen est favorable à la privation du droit de vote des associés et détenteurs de capital et à l'adoption du plan de restructuration contre leur accord. Dans le cadre d'un maintien du droit de vote, un organe judiciaire ou administratif devrait avoir la compétence pour forcer la décision des détenteurs de capital.

On trouve dans notre droit plusieurs mécanismes allant en ce sens. L'article L. 631-19-2 du Code de commerce permet notamment de forcer une augmentation de capital ou une cession de titres en vue d'une reprise interne. On peut également citer l'article L. 631-19-1 du Code de commerce qui dispose que : « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur 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 proposé par l'administrateur, 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* ».

789. Le cas particulier de l'associé créancier. La directive 2019/1023 du 20 juin 2019 met ainsi les détenteurs de capital dans la même position que les créanciers. Répartis selon un système de classes, les associés et les créanciers seront ainsi nettement distingués, distinction

²²²⁷ 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, Art. 11.1.

légitime dans la mesure ou leurs motivations à adopter le plan seront souvent différentes. Ainsi, même si la classe des détenteurs de capital refuse une restructuration, celle-ci pourra être adoptée par les autres classes. Cette directive incite ainsi les associés à participer à l'effort commun²²²⁸.

Cependant, le législateur européen semble s'être focalisé sur l'adoption du plan, ne traitant pas le cas de l'associé créancier. Il est en effet fait mention des « *détenteurs de capital* », sans mention de l'associé détenteur d'une créance en compte courant. Si la distinction des associés et des créanciers, en deux classes distinctes, apporte certaines réponses à la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, la question se pose de l'apporteur en compte courant, lequel dispose des deux qualités d'associé et de créancier. Dans quelle classe doit-il être rangé ? Il conviendrait d'admettre que l'associé a dans le cadre de son avance en compte courant, la double qualité, d'associé et de créancier, comme c'est le cas hors procédures collectives. Dans ces conditions, il ne devrait pas être confondu avec les autres créanciers, comme c'est le cas avec les comités de créanciers²²²⁹.

Appréhendé en sa seule qualité de créancier, l'apporteur en compte courant d'associé fut rangé dans le comité des établissements de crédit. Pourtant, alors que ce groupe est censé rassembler des créanciers aux intérêts convergents, l'intégration des associés créanciers à ce comité déroge à cet objectif. En effet, l'apporteur en compte courant a des intérêts parfois contradictoires à ceux des autres créanciers. Leur regroupement paraît ainsi peu productif.

Il faudrait créer une classe spécifique de créanciers regroupant les apporteurs en compte courant afin de marquer la distinction avec les autres créanciers. Comme le suggère la directive 2019/1023 du 20 juin 2019 en son article 9.4 : « *Les États membres veillent à ce que les parties affectées soient réparties dans les classes distinctes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante, sur la base de critères vérifiables, conformément au droit national. Au minimum, les créanciers garantis et non garantis sont répartis en classes distinctes aux fins de l'adoption du plan de restructuration* ».

Cette séparation faite entre l'apporteur en compte courant d'associé, personnage hybride présentant la double qualité d'associé et de créancier, et les autres créanciers ferait ainsi exception à la distinction faite par la directive entre les détenteurs en capital et les créanciers.

²²²⁸ MOUIAL BASSILANA (E.), *Entreprise en difficulté : avant-propos*, Rép. Dr. Com., Dalloz, juin 2021, n°40 ; En ce sens également : LUCAS (F.-X.), « Vers un statut de l'associé de société en difficulté », *BJS*, mars 2020, n°120q9, n°3, p. 1.

²²²⁹ Cf. *Supra*. n°780.

790. Par voie de conséquences, il serait opportun de reconnaître que l'associé n'est pas un créancier comme les autres dans la mesure où il a la double qualité d'associé et de créancier.

B) Vers une reconnaissance du cumul des qualités d'associé et de créancier du titulaire de l'avance en compte courant

791. L'indépendance des qualités de prêteur et d'associé reste discutable en ce qui concerne l'apporteur en compte courant. On pourrait observer que c'est grâce à sa qualité d'associé que le prêteur a pu faire une avance en compte d'associé. Le professeur Danet s'est d'ailleurs demandé si cette *fiction juridique*, qu'il caractérise de « *divorce du fait et du droit* », était si nécessaire²²³⁰. Il relève notamment qu'en pratique la distinction est moins importante qu'elle n'y paraît et cela d'autant plus si la société est en difficulté²²³¹.

792. Plusieurs exemples démontrent ainsi que la qualité d'associé de l'apporteur en compte courant n'est pas totalement ignorée par notre droit positif. Pour exemple, le droit fiscal va permettre la déduction des intérêts versés à l'associé prêteur, à condition qu'il ait libéré entièrement le capital social²²³².

793. **La qualité d'associé privilégié pour les conventions de blocage.** La qualité d'associé des apporteurs d'avance en compte courant, a également pu être avancée par la Cour de cassation lors d'une affaire sur les conventions de blocage de ces avances²²³³. À cause de la sous-capitalisation de nombreuses sociétés, le législateur a créé des conventions permettant de mettre en place des fonds bloqués qui vont servir de garantie aux créanciers. Ce sont des conventions de blocage d'un compte courant d'associé²²³⁴. Elles peuvent notamment être souscrites au profit d'un tiers. Cependant, pour qu'elles soient valides, il faut l'accord de l'associé. L'assemblée générale ou le gérant ne peut imposer à l'associé créancier le blocage de

²²³⁰ DANET (D.), « Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », *RTD Com.*, 1993, p. 55.

²²³¹ En demandant le remboursement de sa créance, le créancier risque d'ouvrir une procédure collective à l'égard de la société. Ce qui entraînera inévitablement la perte de son apport, et sûrement la perte du solde de son compte courant. Exemple tiré DANET (D.), « Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », *RTD Com.*, 1993, p. 72.

²²³² DEGENHART (J.-E.), « Voyage à travers les pays de la subordination des prêts d'associé », *BJE*, 1 mai 2015, n°3, p. 175.

²²³³ Cass. Com., 9 oct. 2007, n°06-19.060, *BJS*, 2008, §3, p. 17, note BARBIERI (J.-F.) ; *Journal des sociétés*, 1avr. 2012, n°97, p. 71-77, note CREDOT (F.) ; *Dr. Sociétés*, 2008, p. 14, comm. n°2, obs. LEGROS (J.-P).

²²³⁴ V. Sur ces conventions de blocages : SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th., T. 378, L.G.D.J. préface de TERRE (F.), 2002, n°136, p. 72.

ses fonds en compte courant. Seule une disposition statutaire, une décision prise à l'unanimité en assemblée générale²²³⁵, ou une convention signée par les associés concernés et la société permettront de bloquer le remboursement des avances en compte courant. Une entorse à cette condition contribuerait à une augmentation des engagements des associés.

En sa qualité de créancier, l'apporteur en compte courant ne peut être contributeur aux pertes de la société, même si cette contribution devait prendre la forme d'un abandon de sa créance au profit de la société en difficulté²²³⁶. Certains arrêts du fond²²³⁷ ont refusé le remboursement immédiat du compte courant des associés-créanciers au motif que cet avantage de l'associé sur la société serait contraire au devoir de bonne foi liée à l'*affectio societatis* et qu'il porterait atteinte au principe d'intangibilité des engagements des associés. En revanche une clause contractuelle pourrait prévoir le renflouement de trésorerie à la fin de chaque exercice, à la charge de l'associé. L'exécution forcée s'imposerait alors à l'associé par cette clause, il ne s'agirait donc pas d'une augmentation des engagements²²³⁸. Alors, comment expliquer, si celui qui fait une avance en compte courant n'est qu'un simple créancier, que l'on puisse lui opposer une clause établie dans les statuts ?

794. Une solution contraire aux décisions rendues en droit des sociétés. Dans le cadre des procédures collectives, une jurisprudence constante qualifie en effet de créancier le titulaire de l'action en remboursement, écartant totalement la notion d'associé. Les juges passent outre la qualité d'associé, pour ne reconnaître exclusivement que celle de créancier. Cependant, ces décisions sont en contradiction avec celles rendues hors procédures collectives. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 mai 2012 affirme que seul un associé peut intenter une telle action, faisant cette fois fi de la qualité de créancier²²³⁹. La

²²³⁵ En effet, cette clause imposant le blocage des comptes courants d'associés est considérée comme une augmentation des engagements des associés. Cette clause ne peut donc être opposé aux associés que si elle a été voté à l'unanimité (Cass. Com. 14 juin 1997, n°95-20.056, *BJS*, 1997, p. 871, note SAINTOURENS (B)).

²²³⁶ V. pour exemple Cass. Com., 19 oct. 1999, n°97-16.903, *BJS*, 2000, p. 69 ; *Dr. Sociétés*, 2000, comm. 1, obs. BONNEAU (T.). Sur l'impossibilité de demander « un financement complémentaire » sur la contribution aux pertes : MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. Paris 1, préface de GUYON (Y.), 2004, n°173, p. 151.

²²³⁷ CA Aix-en-Provence, 8^e ch. 6 oct. 1981, Robert Tron c/SARL EDAC imprimerie, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 308, note Sortais ; CA Versailles, 3 déc. 1991, *époux Gilet c/ Sté Chavenay Air Service*, *Bull. Joly*, 1991, n°461, note COURET (A.) ; CA Paris, 5 mai 1995, *Dr. Sociétés*, 1995, p.7, n°183, Obs. BONNEAU (T.) ; Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; RTD Com., 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Deffrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.).

²²³⁸ MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. Paris 1, préface de GUYON (Y.), 2004, n°174, p. 152.

²²³⁹ Cass. Com., 3 mai 2012, n°11-14.844, *Journal des sociétés*, 1 sept. 2013, n°111, p. 46, note RODRIGUEZ (K.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22, note LAROCHE (M.) ; *JCP éd. N*, 17 sept. 2012, n°38, p. 1680, note

motivation de la Cour reposant sur l'obligation aux dettes sociales, est intéressante. Seul un associé peut exercer une action en remboursement puisque lui seul est soumis à obligation aux dettes sociales. Ainsi tout créancier, autre qu'un associé de la société, est privé de la demande du remboursement du solde du compte courant. Dans le même sens, un arrêt de Chambre civile a jugé irrecevable l'action d'un époux, sous le régime de la communauté légale, d'agir en remboursement du solde du compte courant sur le fondement de l'article 1421 du Code civil, au motif que seul un associé a la qualité pour exercer cette action.

Cette incohérence entre les solutions rendues par la Cour de cassation permet de nourrir les doutes sur la qualité du titulaire de l'action en remboursement du compte courant. Hors procédure collective, la jurisprudence semble prendre en considération la qualité d'associé²²⁴⁰, alors que la qualité de créancier semble être l'unique qualité retenue lorsque l'entreprise subit des difficultés. Il n'est donc pas illégitime de retenir la qualité d'associé de l'apporteur en compte courant même lorsque l'entreprise est en procédure collective.

L'inconvénient de cette solution est que l'on ne peut pas faire échec à cette demande qui aggrave le passif de la société en difficulté. La prise en compte de la qualité d'associé de l'apporteur en compte courant, au contraire, permettrait, outre le fait d'harmoniser les différentes jurisprudences sur cette question, de dégager une application du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté à l'associé créancier.

795. Conclusion Section I. Par voie de conséquence, le principe d'indépendance entre la qualité d'associé et de créancier impose de traiter strictement l'apporteur en compte courant uniquement comme un créancier. Ce principe explique que l'associé créancier ne soit pas tenu d'un devoir de secours à l'égard de l'entreprise. Retenir la qualité de créancier présente pourtant certains risques pour le sauvetage de l'entreprise. Il serait alors plus opportun d'appréhender l'apporteur en compte courant en sa qualité d'associé, comme en droit des sociétés.

ZATTARA-GROS (A.-F.) ; *Gaz. Pal.*, 10 août 2012, n°223, note DONZEL-TABOUCOU (C.) ; *JCP éd. E*, 5 juill. 2012, n°27, p. 24, note COURET (A.) ; *RTD Com.*, 1 juill. 2012, n°3, p. 575, note MONSERIE-BON (M.-H.).

²²⁴⁰ Note PAGNUCCO (J.-C.), sous Cass. Com., 23 sept. 2014, n°12-29.262 et n°13-15.437, *Bull. Civ.*, IV, n°135 ; *Act. Proc. Coll.*, 2014/18, comm. 319 ; *BJS*, 1 déc. 2014, n°12, p. 712, MOUIAL-BASSILANA (E.) ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 124, note. SAINTOURENS (B.).

SECTION II

La qualité de créancier du titulaire de l'avance en compte courant : un obstacle au refus de la demande de remboursement

796. Les demandes de remboursement du compte courant font l'objet d'un contentieux abondant. L'une des causes est le risque que fait peser la demande de remboursement sur le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Si les associés sont autorisés à récupérer leur créance avant l'ouverture de la procédure collective, afin d'encourager ce mode de financement, il en va différemment en procédure collective où il est interdit de payer les créances antérieures. Malgré cette absence de paiement immédiat, les associés créanciers peuvent en faire la demande et ainsi mettre en danger la société, en venant accroître son passif exigible (§I).

797. Ce droit s'oppose au principe voulant que l'associé participe au sauvetage de l'entreprise en difficulté. La qualité de créancier du prêteur le protège contre toute remise en cause de son droit. Cependant, si l'on se range du côté de sa qualité d'associé, ce droit s'inscrit en violation de nombreux principes du droit des sociétés, défendu par le principe mis en place par le législateur consistant à impliquer l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Il sera alors opportun de revenir à la solution adoptée d'anciennes jurisprudences (§II).

§I - La demande de remboursement du compte courant, un danger pesant sur le sauvetage de l'entreprise

798. L'avance en compte courant est une technique de financement efficace, notamment lorsque la société est en difficulté. Cependant, l'exigence du remboursement de la créance en compte courant par l'associé créancier paraît peu cohérente avec le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

799. Le problème de l'avance en compte courant est qu'elle fait planer sur la société le risque du retrait brutal des fonds investis. L'augmentation du passif corrélatif à cette demande de remboursement, risque d'entraîner soit la cessation des paiements soit la liquidation de

l'entreprise en difficulté (A). Source d'une abondante jurisprudence, quelques exceptions permettent toutefois de bloquer ou a minima de retarder le remboursement (B).

A) L'aggravation du passif par la demande de remboursement du compte courant

800. Assimilé à un prêt, l'apport en compte courant peut être remboursé à tout moment. Cette demande peut poser problème dans la mesure où elle rend exigible la créance en compte courant. Par voie de conséquence, le passif de la société va augmenter. Par ce biais, l'associé créancier risque de provoquer la cessation des paiements ou de condamner l'entreprise à une liquidation judiciaire.

801. Un droit au remboursement immédiat du compte courant fermement défendu. Le principe demeure que l'avance en compte courant est remboursable à tout moment, peu importe les difficultés de l'entreprise. S'il actionne son droit de remboursement, l'associé créancier portera alors atteinte à la trésorerie de l'entreprise.

Bien que potentiellement dangereuse pour l'entreprise, les juges adoptent une position ferme et constante sur ce sujet, faisant le choix de maintenir cet avantage des associés créanciers afin de conserver l'attractivité de ce mode financement.

De plus, malgré la succession des réformes en droit des sociétés et en droit des entreprises en difficulté, aucune disposition d'ordre législatif n'est venue remettre en cause ce droit au remboursement immédiat du compte courant, ce qui permet de penser que le législateur approuve la jurisprudence.

Néanmoins, cette solution ne paraît pas compatible avec le principe émergent de participation de l'associé, car elle l'autorise à mettre en danger l'entreprise en difficulté.

802. La cessation des paiements, éventuel résultat de la demande de remboursement. Il convient tout d'abord de vérifier que la demande de remboursement du compte courant peut avoir pour conséquence la cessation des paiements de l'entreprise car elle va augmenter le passif exigible.

L'avance faite par l'associé créancier en compte courant est souvent assimilée à un prêt à durée indéterminée²²⁴¹, sauf convention contraire²²⁴². La somme ainsi apportée en compte courant

²²⁴¹ Note PAGNUCCO (J.-C.), sous Cass. Com., 23 sept. 2014, n°12-29.262 et n°13-15.437, *Bull. Civ.*, IV, n°135 ; *Act. Proc. Coll.*, 2014/18, comm. 319 ; *BJS*, 1 déc. 2014, n°12, p. 712, MOUIAL-BASSILANA (E.) ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 124, note. SAINTOURENS (B.).

²²⁴² DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », *A.J.C.A.*, 2018, p. 459.

peut donc être assimilée à de l'actif disponible²²⁴³ ; elle demeure toutefois une source de financement moins pérenne que l'apport en capital. C'est en effet ce qu'a considéré la Cour de cassation dans un arrêt du 12 mai 2009, jugeant « *qu'une avance en compte courant, qui n'est pas bloquée ou dont le remboursement n'a pas été demandé, constitue un actif disponible* »²²⁴⁴. Pourtant, elle est immédiatement remboursable si l'associé le demande et avec intérêts. La condition est donc que le remboursement du solde du compte courant n'ait pas été demandé ou bloqué. Cette réponse ne semble pas refléter la réalité comptable, qui place l'avance en compte courant au passif de la société bénéficiaire de cette somme d'argent. Cette réponse de la Cour, peut paraître « *déroutante* », voire « *saugrenue* » selon les termes du professeur Lucas²²⁴⁵, au vu de l'inscription au passif de la société ayant reçu l'avance en compte courant.

La Cour de cassation est d'ailleurs revenue sur sa décision dans un arrêt du 24 mars 2009²²⁴⁶, en considérant que même si le remboursement n'avait pas été demandé, l'avance en compte courant constituait une dette pour la société bénéficiaire et devait être comptabilisée comme du passif exigible, solution logique au regard de sa nature de prêt²²⁴⁷. Ce type d'avance en compte courant s'inscrit donc aussi dans le passif exigible. Il en irait différemment si l'on pouvait repousser la date d'exigibilité du remboursement de l'apport en compte courant²²⁴⁸, ou si les associés avaient assuré la stabilité de ce financement en bloquant le remboursement dans les statuts. L'associé renonçant à l'exigibilité de la créance, permettrait, le cas échéant, de repousser, voire d'éviter, la cessation des paiements²²⁴⁹. Les magistrats devraient donc rechercher si le créancier n'a pas renoncé au remboursement immédiat de sa créance.

L'avance en compte courant peut donc présenter un risque pour la société bénéficiaire de cette avance. Malgré le soutien de son associé, la société pourrait se retrouver en état de cessation des paiements au titre des avances réalisées par son associé²²⁵⁰. Le compte courant qui est immédiatement remboursable, doit s'inscrire dans le passif exigible. Le compte courant reste majoritairement défini comme un « *prêt remboursable à vue* », sauf s'il existe une convention de

²²⁴³ SAINTOURENS (B.), « Une avance en compte courant faite par un associé peut constituer un actif disponible pour la société », *Rev. Proc. Coll.*, Septembre 2009, comm.104.

²²⁴⁴ Cass. Com., 12 mai 2009, n°08-13.741, LEDEN sept. 2009, p. 2 ; *Gaz. Pal.* 28 juill. 2009, p. 12, obs. LEBEL (C.) ; *Rev. Proc. Coll.* 2009, comm. n°104, obs. SAINTOURENS (B.).

²²⁴⁵ LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, Collection droit fondamental, 3^{ème} éd. 2020, n°114, p. 116.

²²⁴⁶ Cass. Com., 24 mars 2009, *Smoby*, n°08-12.212.

²²⁴⁷ LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, Collection droit fondamental, 3^{ème} éd. 2020, n°114, p. 116.

²²⁴⁸ VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4, p. 21.

²²⁴⁹ *Ibid.*

²²⁵⁰ LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, Collection droit fondamental, 3^{ème} éd. 2020, n°114, p. 116.

blocage²²⁵¹.

Pourtant, un arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2012²²⁵² est revenu sur l'ancienne conception du compte courant, considérant que ce n'est que lorsque la demande de remboursement a été effectuée que la créance devient exigible et doit être comptabilisée au passif de la société.

En l'espèce, la société France Q Group et Madame X (les cédants) avait cédé, le 21 janvier 2002, à la société Filière Plastique International (la cessionnaire) les titres qu'elle détenait dans la société Auxicad, précisant dans les annexes à l'acte de cession que cette dernière n'était pas en cessation des paiements. Le 7 février 2002, le tribunal de commerce ouvrait une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Auxicad, dont la date de la cessation des paiements était fixée au 24 janvier 2002.

Dans son arrêt du 18 mars 2008, la cour d'appel avait retenu « *en ce qui concerne les comptes courants d'associés que ce poste était de 913 000 au 31 décembre 2001, qu'aucun document ne montre une évolution de ce chiffre au 21 janvier 2002 et que le paiement du solde d'un compte courant d'associé étant immédiatement exigible, il doit figurer dans le passif exigible* ». Cette solution a conduit la cour d'appel à conclure qu'il y avait bien une cessation des paiements.

Il est en effet tentant de considérer que comme le remboursement du compte courant peut-être demandé à tout moment, les avances en compte courant sont à intégrer au passif exigible. La Cour de cassation a cependant cassé l'arrêt de la cour d'appel, répondant « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les avances en compte courant d'associés d'un montant de 913 000 n'étaient pas bloquées ou si leur remboursement avait été demandé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Ainsi, les avances en compte courant ne peuvent figurer au passif exigible de la société que si elles ont fait l'objet d'une demande de remboursement. La Cour de cassation reprend la solution d'un autre arrêt selon lequel « *une avance en compte courant qui n'est pas bloquée ou dont le remboursement n'a pas été demandé constitue un actif disponible* »²²⁵³. Le juge doit donc d'abord rechercher si les avances ne sont pas bloquées et dans le cas contraire, si leur remboursement a été demandé²²⁵⁴.

²²⁵¹ BRIQUET (J.-M.), MARQUET (J.-Y.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004 n°148, p. 43.

²²⁵² Cass. Com., 10 janv. 2012, n°11-10018, *Sté France Q Group c/ Sté FPI*, *BJE*, juill. 2012, n°JBE-2012-0113, p. 209, note SORTAIS (J.-P.) ; *BJS*, avr. 2012, n°JBS-2012-0177, p. 295, note Lucas (F.-X.).

²²⁵³ Cass. Com., 12 mai 2009, n°08-13.741 ; LEDEN, sept. 2009, p. 2 ; *Gaz. Pal.*, 28 juill. 2009, p. 12, obs. LEBEL (C.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2009, comm. n°104, obs. SAINTOURENS (B.) ; Cass. Com., 24 mars 2004, *D.*, 2004, p. 1022, obs. LIENHARD (A.) ; *D.*, 2004, p. 2143, obs. LUCAS (F.-X.) ; *JCP E*, 2004, 1383, 1292, obs. PETEL (P.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2004, comm. n°110, obs. VALLANSAN (J.).

²²⁵⁴ Cette solution peut « *surprendre* ». Il aurait été plus logique que ce soit la partie qui conteste la cessation des paiements. En ce sens : Note Lucas (F.-X.) sous Cass. Com., 10 janv. 2012, n°11-10018, *Sté France Q Group c/ Sté FPI*, *BJS*, avr. 2012, n°JBS-2012-0177, p. 295.

En effet, le remboursement de l'avance en compte courant est quelquefois contraint par différentes clauses²²⁵⁵ qui permettent à la société d'avoir une totale maîtrise de ces fonds. Il est ainsi souvent plus juste de considérer ces fonds comme un actif disponible.

Cette solution risque toutefois de retarder l'ouverture d'une procédure collective, plus adaptée à la situation réelle de la société, car la cessation des paiements n'est souvent pas totalement due à la seule demande en remboursement des associés. Pourtant l'ouverture d'une procédure collective sera bien souvent « *bénéfique* »²²⁵⁶ aux débiteurs qui y sont éligibles.

Par principe, pour établir la cessation des paiements, il « *n'y a pas à rechercher si le passif exigible a été effectivement exigé dès lors que le débiteur n'a pas allégué qu'il disposait d'une réserve de crédit ou d'un moratoire de la part de ses créanciers* »²²⁵⁷. La Cour de cassation opte en l'espèce pour la solution inverse présumant que le passif n'est pas exigible en l'absence de demande expressément formulée par le créancier.

On rejoindra le professeur Lucas qui trouve cette analyse « *raisonnable et digne d'approbation* »²²⁵⁸, on peut comprendre en effet l'intention des juges, lesquels cherchent à favoriser l'apport en compte courant de l'associé à la société, tout en évitant que cette bonne action vienne aggraver la situation de la société. Pour autant, afin de s'assurer que l'entreprise ne soit définitivement pas mise en danger par l'associé, une disposition faisant obstacle à la demande de remboursement du compte courant serait nécessaire.

803. Le droit au remboursement du compte courant, obstacle au plan de continuation. Dans le contexte d'une procédure collective, l'associé devrait abandonner, sous réserve de retour à meilleur fortune, sa créance au profit de la société afin de garantir la bonne réussite d'un plan de continuation²²⁵⁹. Cependant la procédure collective ne va pas venir priver l'associé de son droit au remboursement, seulement du paiement immédiat de sa créance²²⁶⁰.

²²⁵⁵ Il peut s'agir de clauses prévoyant un préavis ou un terme, ou encore de clauses de blocage.

²²⁵⁶ Pour reprendre le terme de la Cour de cassation : Cass. Com., 11 févr. 2004, n°01-00.430. V. LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, Collection droit fondamental, 3^{ème} éd. 2020, n°78, p. 91.

²²⁵⁷ Note Lucas (F.-X.) sous Cass. Com., 10 janv. 2012, n°11-10018, *Sté France Q Group c/ Sté FPI*, BJS, avr. 2012, n°JBS-2012-0177, p. 295.

²²⁵⁸ LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, Collection droit fondamental, 3^{ème} éd. 2020, n°114, p. 116.

²²⁵⁹ DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n°45.

²²⁶⁰ Un remboursement prématuré du compte courant permettrait ainsi un désintéressement prioritaire de l'investisseur en compte courant sur les autres créanciers, contraire à l'article L. 622-7 du Code de commerce (C. Com. art. L. 622-7 du Code de commerce : « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture* »). En outre, autoriser l'associé créancier à obtenir le remboursement reviendrait à leur octroyer « un droit de préférence à l'égard des autres associés » (CA Versailles, 3^e ch., 1991, *Époux Gillet c/ Sté Chavenay*, JurisData n°600177 ; Bull. Joly, 1992. 415, note COURET (A.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1994, n°2, p. 176, obs. SOINNE (B.) ; DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », A.J.C.A., 2018, p. 459). Enfin, le remboursement de la créance en compte courant avant les autres créanciers, aurait pour conséquence la nullité absolue, voire une peine pénale au

Ainsi, l'associé créancier sera uniquement contraint de déclarer sa créance²²⁶¹ auprès du représentant des créanciers²²⁶², au même titre que les autres créanciers²²⁶³. Le remboursement de sa créance dépendra de l'ordre de paiement des créanciers de l'entreprise²²⁶⁴.

Plusieurs points permettent d'expliquer cette position. Il est vrai qu'interdire à l'associé de demander le remboursement de son compte courant remettrait en cause l'efficacité de ce mode de financement pour les entreprises en procédure collective. Cela reviendrait encore à violer le principe d'égalité des créanciers, car les autres créanciers auraient alors un droit préférentiel par rapport aux associés créanciers titulaires d'une avance en compte courant. Enfin, c'est la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat qui seraient remis en cause.

Cependant, alors que cette demande de remboursement du compte courant présente un désavantage certain pour la réussite du plan de continuation, elle n'apporte que peu de satisfaction à l'associé. En effet, outre le fait que l'associé ne sera pas remboursé immédiatement²²⁶⁵, l'associé titulaire d'une créance en compte courant dispose d'une créance souvent du même rang que les créanciers chirographaires²²⁶⁶. Le blocage de la demande en remboursement du compte courant paraît d'autant plus justifié que le droit au remboursement du compte courant semble assez illusoire.

804. Afin de limiter les conséquences, parfois néfastes pour l'entreprise, plusieurs obstacles à la demande en remboursement peuvent être recensés.

titre de l'article L. 314-1 du Code pénal : V. en ce sens SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°712, p. 469.

²²⁶¹ C. Com. Art. L. 622-7, L. 622-24, L. 631-14 et L. 641-3 ; L'associé devra prouver le principe et le montant de sa créance. La question épineuse du mode de preuve a enfin été tranchée par les juges du fonds et la Cour de cassation, qui admettent que l'associé pourra attester de l'existence du compte au moyen de documents comptables établis par la société débitrice : Cass. Com., 23 avr. 2013, n°12-14.283 : JurisData n°2013-007891 ; *RLDA*, 2013/84, n°4653, note MARPEAU (B.) et DIETRICH (F.). V. également JULIENNE (F.), Déclaration d'une créance en compte courant d'associé : TGI Bordeaux, ord., 31 janv. 2014, n°11/09328. In « Chronique de jurisprudence locale de droit des entreprises en difficulté. – (cour d'appel de Bordeaux, tribunal de commerce de Bordeaux, tribunal de grande instance de Bordeaux), *Rev. Proc. Coll.*, n°4, Juillet 2015, Chron. 1

²²⁶² Sauf s'il y a une convention de blocage. BRIQUET (J.-M.), MARQUET (J.-Y.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, n°148, p. 43.

²²⁶³ Les banques imposent parfois aux associés et dirigeants, une clause de subordination, par laquelle les intéressés acceptent, en cas de liquidation judiciaire, d'être payé après tous les créanciers, privilégiés ou chirographaires. V. en ce sens : URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, th. L.G.D.J., préface de GAVALDA (C.), 1986, n°430, p. 258.

²²⁶⁴ Le Livre VI du Code de commerce prévoit cependant un remboursement sans remise ni délai des créances inférieures à 300€ (VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4).

²²⁶⁵ C. Com. Art. L. 622-7.

²²⁶⁶ VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4.

B) Les obstacles existants au remboursement du compte courant

805. Le principe est que l'associé-créancier peut demander le remboursement de sa créance en compte courant à tout moment. Il sera difficile de contester cette demande²²⁶⁷. En effet, on ne peut pas contraindre l'associé à compenser sa créance en compte courant avec « *les pertes sociales non constatées* »²²⁶⁸ ou attendre du juge qu'il exige de l'associé qu'il « *contribue aux pertes en laissant à la disposition de la société en difficulté une partie des sommes versées en compte-courant* »²²⁶⁹. Cependant, quelques limites à cette demande de remboursement peuvent être posées.

806. Le droit au remboursement immédiat du compte courant en période suspecte. En période suspecte, le remboursement dépendra des connaissances de l'associé sur la situation de l'entreprise et plus exactement de l'état de cessation des paiements. En effet, le remboursement durant la période suspecte ne peut être annulé si l'associé n'avait pas conscience de l'état de cessation des paiements²²⁷⁰. La simple qualité d'associé ne suffit pas à démontrer cette connaissance de l'état de cessation des paiements²²⁷¹, alors qu'elle est présumée pour le dirigeant²²⁷².

En effet, sur le fondement de l'article L. 632-2 du Code de commerce, dès lors que l'associé

²²⁶⁷ La Cour a précisé dans un arrêt du 15 mai 2019 que le remboursement d'un compte courant ne peut être attaqué par la voie de l'action paulienne, faute du fait de constituer un appauvrissement du débiteur. En effet, l'action paulienne est subordonnée aux conditions que le débiteur ait connaissance du préjudice qu'il porte aux créanciers et au fait que le remboursement du compte courant constitue un appauvrissement du débiteur. Or, les juges précisent que le remboursement du compte courant ne constitue pas un appauvrissement du débiteur, mais un allègement du passif social. La demande de remboursement ne pourra donc pas être remise en cause par le moyen, de l'action paulienne. V. Cass. Com., 15 mai 2019, n°18-10.403, LEDEN, sept. 2019, n°112t2, p. 3, n°8, note FAVARIO (T.).

²²⁶⁸ CA Paris, 14 mars 1979, inédit, in GIBIRILA (D.), *Comptes courants d'associés*, Juris. Cl., Fasc. 1099, 5 juill. 2019, n°7.

²²⁶⁹ Cass. Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, Gaz. Pal., 1 avr. 2011, n°96, p. 21, note HOUTCIEFF (D.) ; Journal des sociétés, 1 févr. 2010, n°73, p. 56, note PATRIZIO (F.) ; LPA, 6 févr. 2008, n°27, p. 6, note HOUTCIEFF (D.) ; D., 15 nov. 2007, n°40, p. 2839, note STOFFEL-MUNCK (P.), GAUTIER (P.-Y.) ; Cass. Com., 10 mai 2011, n°10-18.749, SAS *Geneviève Lethu*, Dr. Sociétés, 2011, Comm. 147, note MORTIER (R.) ; Bull. Joly, 2011. 754, note LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; Gaz. Pal., 8-9 juin 2011, p. 15, note DONDERO (B.) ; D., 2011. 283, note BLOUDREY (C.) ; RTD Com., 2011. 575, obs. CONSTANTIN (A.) ; Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, Rev. Sociétés, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A.) ; Journal des sociétés, 1 déc. 2012, n°104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; Gaz. Pal., Mars-avr. 2010. Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; Dr. Sociétés, 2011, comm. n°147, note MORTIER (R.) ; Dr. Sociétés, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; RTD Com., 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Com., 3 nov. 2004, n°01-17.491, Dr. Sociétés, 2005, comm. 24, obs. TREBULLE (F.-G.) ; Cass. Com., 12 nov. 2004 : JurisData n°2004-025485, note COURET (A.) ; V. sur ce sujet : MIGNON-COLOMBET (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. 2004 Paris 1, préface de GUYON (Y.), p. 152, n°173.

²²⁷⁰ CA. Metz, avr. 1991, Dr. Sociétés, 1992, n°80, obs. CHAPUT.

²²⁷¹ CA. Paris, 17 sept 1999, RJDA, 12/99 n°1362.

²²⁷² Cass. 1^{er} Civ., 6 nov. 1990, n°88-17-995, BRDA, 22/1990, n°22, p. 16 : le gérant avait profité de sa situation pour se rembourser son avance en compte courant. Sauf cas exceptionnel, lorsqu'un cogérant est en désaccord avec l'autre et n'avait pas été mis au courant de la situation de la société : Cass. Com., 19. Nov. 2013, n°12-25.925, RJDA, 3/14 n°255.

avait connaissance de l'état de cessation des paiements²²⁷³, le remboursement pourra être annulé²²⁷⁴. La jurisprudence a également rappelé que les associés ne peuvent pas non plus échapper à la nullité de la période suspecte par le biais de la compensation légale²²⁷⁵.

807. Le remboursement du compte courant limité par l'associé créancier.

Autre limite au remboursement du compte courant, lorsque l'associé se sera engagé à ne pas demander le remboursement du compte courant ou souhaitera y renoncer²²⁷⁶.

D'une part, la société par le biais de ses statuts ou des dispositions extrastatutaires²²⁷⁷ peut prévoir une période de blocage, pendant laquelle l'associé ne peut récupérer son solde²²⁷⁸. Cette clause comporte à la fois l'engagement de l'associé de ne pas demander le remboursement de sa créance et l'engagement de la société de ne pas procéder au remboursement²²⁷⁹. Elle peut par exemple prévoir que le remboursement dépendra de l'état de trésorerie et des besoins de financement de la société²²⁸⁰. La clause de blocage permet ainsi de se prémunir des risques d'un remboursement immédiat²²⁸¹.

²²⁷³ C. Com. Art. L. 632-2 et L. 641-14.

²²⁷⁴ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), « *Droit des sociétés* », Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°198, p. 160 ; CA Metz, 4 avr. 1991, *Rev. Proc. Coll.*, 1992, p. 310. Obs. AUQUE WAREMBOURG (F.) et LEMISTRE (B.).

²²⁷⁵ V. en ce sens : Cass. Com., 28 mai 1996, *Me Baumgartner c/ Bryant* : JurisData n°1996-002081 ; *BJS*, 1996, p. 948, note CALENDINI (J.-M.).

²²⁷⁶ Une banque peut notamment contracter une convention de blocage ; Pour des exemples jurisprudentiels : Cass. Com., 10 mai 2011, n°10-18.749, *SAS Geneviève Lethu, Dr. Sociétés*, 2011, Comm. 147, note MORTIER (R.) ; *Bull. Joly*, 2011. 754, note LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; *Gaz. Pal.*, 8-9 juin 2011, p. 15, note DONDERO (B.) ; *D.*, 2011. 283, note BLOUD-REY (C.) ; *RTD Com.*, 2011. 575, obs. CONSTANTIN (A.) ; Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; *Gaz. Pal.*, Mars-avr. 2010. Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2011, comm. n°147, note MORTIER (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; *RTD Com.*, 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Com., 3 nov. 2004, n°01-17.491, *Dr. Sociétés*, 2005, comm. 24, obs. TREBULLE (F.-G.) ; Cass. Com., 12 nov. 2004 : JurisData n°2004-025485, note COURET (A.) ; Cass. Civ., 3 fév. 1999, n°97-10.399, *Dr. Sociétés*, 1999. comm. 68 ; *RDI*, 1999. 265, obs. GROSLIERE (J.-C.) ; *RTD Com.*, 1999, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; *BJS*, mai 1999, § 125, note COURET (A.) ; Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Deffrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.).

²²⁷⁷ GARÇON (J.-P.), « Le droit au remboursement permanent des comptes courants d'associés », *JCP éd. E*, 1998, 1536 ; V. également : Cass. Com., 14 févr. 2006, n°04-14.854, *Dr. Sociétés*, 2006, comm. 77 ; *RJDA*, 6/2006, n°649 ; *Bull. Joly*, 2006, p. 960, note LE CANNU (P.).

²²⁷⁸ En effet, les statuts peuvent prévoir des conditions au remboursement du solde du compte courant, notamment quand elle subit des difficultés. Pour un exemple sur un manque de trésorerie : V. Cass. Com., 9 oct. 2007, n°06-19.060, *BJS*, 2008, §3, p. 17, note BARBIERI (J.-F.) ; *Journal des sociétés*, 1avr. 2012, n°97, p. 71-77, note CREDOT (F.) ; *Dr. Sociétés*, 2008, p. 14, comm. n°2, obs. LEGROS (J.-P.).

²²⁷⁹ DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », *A.J.C.A.*, 2018, p. 459.

²²⁸⁰ Cass. Com., 9 oct. 2007, n°06-19.060, *BJS*, 2008, §3, p. 17, note BARBIERI (J.-F.) ; *Journal des sociétés*, 1avr. 2012, n°97, p. 71-77, note CREDOT (F.) ; *Dr. Sociétés*, 2008, p. 14, comm. n°2, obs. LEGROS (J.-P.).

²²⁸¹ DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », *A.J.C.A.*, 2018, p. 459.

D'autre part, les juges ont également admis que l'associé-créancier pouvait renoncer à son droit au remboursement en assemblée générale²²⁸². C'est à l'associé de décider. Soit il met en avant sa qualité de créancier et il récupère son avance en compte courant, soit il préfère honorer sa qualité d'associé et abandonner son avance en compte courant²²⁸³. Outre l'inconvénient fiscal²²⁸⁴, l'abandon du compte courant présente le double avantage de contribuer au redressement de l'entreprise et d'engendrer une revalorisation des titres de l'associé. Il faudra que l'abandon de la créance en compte courant soit exprimé de façon non équivoque²²⁸⁵. Il convient toutefois d'être vigilant aux clauses de retour à meilleure fortune, potentiellement dangereuses pour l'entreprise²²⁸⁶.

808. Le remboursement du compte courant neutralisé par la situation de l'entreprise. Conformément au nouvel article 1343-5 du Code civil²²⁸⁷, la société peut demander des délais de paiement pour faire obstacle au droit au remboursement immédiat de la créance exigible du compte d'associé²²⁸⁸. En effet, les juges ont pu refuser le remboursement immédiat, considérant que celui-ci était dangereux pour la société²²⁸⁹. Ainsi, les juges du fond

²²⁸² Cass. Com., 14 févr. 2006, n°04-14.854, *Dr. Sociétés*, 2006, comm. 77 ; *RJDA*, 6/2006, n°649 ; *Bull. Joly*, 2006, p. 960, note LE CANNU (P.).

²²⁸³ CERATI-GAUTIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°99 et s., p. 89.

²²⁸⁴ L'abandon pose en effet un problème d'un point de vu fiscal : « Cette opération passe par le compte de résultat où il est traité comme un produit exceptionnel augmentant le résultat taxable de la société. Sauf à ce que le montant des pertes permette d'effacer ce profit, la charge fiscale ainsi induite aboutit à ce que la technique de la conversion de dette en capital lui est généralement préférée » (MERCIER (J.-L.), KOPF (F.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, p. 47).

²²⁸⁵ Cass. Com., 3 févr. 2015, n°13-28.272.

²²⁸⁶ La société devra rembourser l'associé non pas à une date déterminée mais au moment où elle disposera des fonds : BRIQUET (J.-M.), MARQUET (J.-Y.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, n°148, p. 43 ; ETIENNE-MARTIN (E.), « Abandon de compte courant d'associé et clause de retour à meilleure fortune », *Rev. Proc. Coll.*, Septembre 2012, étude 33.

²²⁸⁷ Sur l'ancien article L. 1244-1 du Code civil. V. CA Aix-en-Provence, 8^e ch., A., 5 juill. 2012, *JCP éd. E*, 21 févr. 2013, 1116, note DELATTRE (C.) ; CA Paris, 14^e ch. B, 30 mai 2008 : *JurisData* n°2008-368180, *Dr. Sociétés*, 2008, comm. 243, note COQUELET (M.-L.).

²²⁸⁸ CA Versailles, 2 avr. 1999 : *RJDA* 7/1999, n°788, *RTD Com.*, 1999, p. 881 ; *RJDA*, 7/99, n°788.

Il convient toutefois de préciser que le dispositif de l'article 1900 du Code civil, qui permet au juge de fixer la date du terme du remboursement, est inapplicable (MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, note 12, p. 164 ; V. note DELATTRE (C.), sous CA Aix-en-Provence, 8^e ch., A., 5 juill. 2012, *JCP éd. E*, 21 févr. 2013, 1116. Pour des exemples jurisprudentiels : Cass. Com., 10 mai 2011, n°10-18.749, *SAS Geneviève Lethu*, *Dr. Sociétés*, 2011, Comm. 147, note MORTIER (R.) ; *Bull. Joly*, 2011, 754, note LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; *Gaz. Pal.*, 8-9 juin 2011, p. 15, note DONDERO (B.) ; *D.*, 2011, 283, note BLOUD-REY (C.) ; *RTD Com.*, 2011, 575, obs. CONSTANTIN (A.) ; Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; *Gaz. Pal.*, Mars-avr. 2010, Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2011, comm. n°147, note MORTIER (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; *RTD Com.*, 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Com., 3 nov. 2004, n°01-17.491, *Dr. Sociétés*, 2005, comm. 24, obs. TREBULLE (F.-G.) ; Cass. Com., 12 nov. 2004 : *JurisData* n°2004-025485, note COURET (A.)).

²²⁸⁹ CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 308, note SORTAIS (J.-P.) ; CA Aix-en-Provence, 14 nov. 1980, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 75, note SORTAIS (J.-P.) ; CA Paris, 10 mai 1972, *BJS*, 1972, p. 502.

ont pu juger abusif au regard de la situation de la société le remboursement du compte courant et octroyer ainsi un délai de grâce à la société²²⁹⁰. Deux théories peuvent justifier cette mesure. La première théorie repose sur l'intérêt social. Comme l'expliquent plusieurs auteurs, les juges ne remettent pas en cause la qualité de créancier ou le droit au remboursement, mais font prévaloir leur argumentation sur l'intérêt social, venant continger ce droit au remboursement²²⁹¹. Le droit inconditionnel au remboursement du compte courant pourrait encore être critiquable du point de vue du droit des sociétés et de l'*affectio societatis*, dans la mesure où l'associé est censé se « *manifeste par la solidarité étroite des associés en vue du sauvetage de l'entreprise* »²²⁹². Dans cette hypothèse, l'associé privilégie en effet son intérêt personnel au détriment de la personne morale. Cette théorie se fonde sur la qualité d'associé de l'apporteur pour lui opposer le devoir de ne pas agir contre l'intérêt social. Les auteurs partisans de cette approche considèrent en effet que le compte courant a un caractère hybride²²⁹³. Cette solution s'oppose au principe d'indépendance des qualités d'associé et de créancier. Il faudrait alors en conclure que ces arrêts sont une manifestation de la réticence des juridictions du fond à reconnaître la qualité de créancier comme étant indissociable à celle d'associé.

La seconde théorie repose sur l'abus de droit. Le professeur Sortais démontre en effet qu'une demande de remboursement brutal pourrait être constitutive d'un abus de droit²²⁹⁴. La théorie de l'abus de droit peut se définir comme « *la faute dans l'exercice d'un droit* »²²⁹⁵. L'abus de droit peut être caractérisé lorsque la demande de remboursement intervient de façon « *brutale et sans préavis* »²²⁹⁶. Ainsi, en fonction des circonstances présidant à la demande de remboursement du compte d'associé, la société pourra revendiquer sur le fondement de la rupture brutale du contrat à durée indéterminée, une faute de l'associé créancier²²⁹⁷.

En présence d'un contrat permettant le remboursement à vue, l'associé devrait donc respecter

²²⁹⁰ *Ibid.* V. également : DEGENHART (J.-E.), « Voyage à travers les pays de la subordination des prêts d'associé », *BJE*, 1 mai 2015, n°3, p. 175.

²²⁹¹ Le solde sera temporairement neutralisé ; CA Rouen, 16 janv. 1990, *BJS*, oct. 1991, p. 916, note. LE CANNU (P.) ; CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 130, note SORTAIS (J.-P.) ; CA Paris, 10 mai. 1972, *BJS*, n°7, juillet 1972, p. 502.

²²⁹² Cass. Com., 19 mars 1981, *JCP*, 1982, 19720, note GUYON (Y.) ; CA Paris 10 mai 1972, *Bull. Joly*, 1972, § 237, p. 502 ; CA Versailles, 3 déc. 1991, *Bull. Joly*, 1992, 415, note COURET (A.).

²²⁹³ Note CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), sous Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, *RTD Com.*, 2010. 359.

²²⁹⁴ En ce sens : CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 317, note SORTAIS (J.-P.) ; V. également : JOBERT (L.), « le remboursement du compte courant d'associé à l'épreuve de la théorie de l'abus de droit », *Act. Prat. Ing. Soc.*, nov./déc. 2005, n°84, p. 3.

²²⁹⁵ POUMAREDE (M.), *Droit des obligations*, collection cours, L.G.D.J., 3^{ème} éd. 2014, n°961, p. 420.

²²⁹⁶ DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », *A.J.C.A.*, 2018, p. 459 ; CA Paris, 14^e ch., sect. B, 30 mai 2008, n°08-00.974, *SA Alpha's/Bocato*, *Juris-Data* n°368180.

²²⁹⁷ CA Versailles, 18 mars 1999, *RJDA*, 6/1999, n°644, p. 508 ; Cass. Com., 28 juin 1995, *Bull. civ*, IV, n°63 ; *RTD Civ.*, 1995, p. 885, obs. MESTRE (J.).

un préavis pour exiger le remboursement, ce qui permettrait à la société de solliciter entre temps d'autres associés ou investisseurs pour pallier la perte future de trésorerie. Cette solution paraît plus en accord avec les arrêts de la Cour de cassation et la dissociation des qualités d'associé et de créancier.

809. Le remboursement du compte courant limité par une faute de l'associé créancier. Dernière limite, la jurisprudence a pu refuser le remboursement de la créance en raison d'une faute de l'intéressé²²⁹⁸. Dans le cadre d'un remboursement prématuré, le prêteur peut être condamné pénalement pour détournement d'actif, banqueroute²²⁹⁹ et voir sa responsabilité engagée pour insuffisance d'actif en cas de faute de gestion²³⁰⁰, être sanctionné par une interdiction de gérer ou la faillite personnelle²³⁰¹...

À titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 2018²³⁰², les juges ont déclaré 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* ». La formulation doit être entendue de façon « générale », entendue au sens strict, elle ouvrirait une brèche dans le principe d'égalité des créanciers.

La Cour a ainsi jugé que le remboursement litigieux obtenu par le dirigeant de la société, constitue une faute de gestion, car ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Le dirigeant savait que la cessation des paiements était inéluctable et qu'il risquait de devoir une somme aux créanciers. Ainsi, ce dernier a commis une faute de gestion²³⁰³ en privant « *la société de toute trésorerie du fait de l'absence d'actif disponible permettant d'exécuter la condamnation, ils empêchaient par là-même la poursuite de l'instance judiciaire* ».

Les juges semblent alors considérer que le remboursement du compte courant a privé la société de trésorerie, permettant d'exécuter la condamnation. Pourtant, on peut douter que le règlement d'une dette de la société contribue son l'insuffisance d'actif. La faute de l'associé

²²⁹⁸ Faute du gérant, qui avait confondu la trésorerie de la société, avec celle d'autres sociétés lui appartenant. V. en ce sens : CA Paris, 22 mai 2008, *BRDA*, 18/2008, n°6.

²²⁹⁹ Cass. Crim., 20 mars 1995, *Bull. Crim.*, 1995, n°110.

²³⁰⁰ V. Article L. 51-2 du Code de commerce. Pour un exemple jurisprudentiel : V. CA Aix-en-Provence, 8^e ch., A., 5 juill. 2012, *JCP éd. E*, 21 févr. 2013, 1116, note Ch.

²³⁰¹ V. C. Com. Art. L. 653-1 à L. 653-11.

²³⁰² En l'espèce, la société fut condamnée à payer des époux cédants de parts une somme de 166 269€ à cause d'un litige sur cette cession des parts. Le dirigeant de la société a alors procédé au remboursement de son compte courant et de celui d'un autre associé. Quelques jours plus tard, il déclara l'état de cessation des paiements qui entraîna la liquidation judiciaire de l'entreprise. Le liquidateur assigna alors le dirigeant en responsabilité pour insuffisance d'actif, estimant qu'il avait commis une faute de gestion en procédant au remboursement du compte courant : Cass. Com., 24 mai 2018, n°17-10.119, *LEDEN*, juill. 2018, n°111u2, p. 6, n°7, note FAVARIO (I.) ; *Gaz. Pal.*, 25 sept. 2018, n°331w6, p. 69, n°32, note CASIMIR (E.) ; *Dr. Sociétés* n°2, févr. 2019, comm. 20, com. MORTIER (R.).

²³⁰³ C. Com. Art. L. 651-2.

semble davantage résulter du paiement préférentiel des associés créanciers au détriment d'autres créanciers, alors qu'il avait connaissance de la situation de la société. Le dirigeant a donc engagé sa responsabilité, pour avoir porté atteinte au principe d'égalité des créanciers.

La portée de cet arrêt interroge. Le remboursement des créanciers est-il prohibé dès lors qu'un potentiel créancier de la société en difficulté n'a pas été payé ? Comme le précise le professeur Casimir, la portée de cet arrêt semble être circonscrite à ce cas d'espèce, en raison de l'inéluctable cessation des paiements et du cumul des qualités d'associé, prêteur et dirigeant du demandeur du remboursement du solde du compte courant²³⁰⁴. Néanmoins, cette décision peut être dissuasive pour les associés souhaitant demander le remboursement de leur créance.

810. Bien qu'il existe des possibilités de limiter le remboursement du compte courant, celles-ci restent essentiellement fondées sur la qualité d'associé de l'apporteur, alors que la jurisprudence actuelle retient uniquement la qualité de créancier. Il serait pourtant opportun d'encadrer ce droit au remboursement, contraire au principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

§II - Vers un encadrement du remboursement du compte courant, justifié par la qualité d'associé du prêteur

811. Plusieurs limites liées en grande partie à la qualité d'associé de l'apporteur en compte courant permettent de faire obstacle à son droit au remboursement (**A**). Néanmoins, il serait opportun d'encadrer définitivement ce droit, souvent contraire à de nombreux principes du droit des sociétés (**B**).

A) Un droit au remboursement contraire aux devoirs de l'associé

812. Le principe de participation de l'associé repose sur la défense de l'intérêt de l'entreprise et sur les obligations et devoirs de l'associé. Dans le cadre du droit au remboursement du compte courant, lorsque l'entreprise est en difficulté, les deux conditions sont réunies et permettent d'entrevoir une limitation de ce droit au profit du sauvetage de l'entreprise.

²³⁰⁴ Note CASIMIR (E.), Cass. Com., 24 mai 2018, n°17-10.119, *Gaz. Pal.*, 25 sept. 2018, n°331w6, p. 69, n°32.

813. Le droit au remboursement immédiat hors procédure collective. Il existe un principe d'indépendance entre la qualité d'associé et celle de créancier²³⁰⁵. Le remboursement du compte courant est ainsi lié à la qualité de créancier de l'apporteur en compte courant, sans considération pour sa qualité d'associé²³⁰⁶. L'avantage de retenir cette qualité est qu'elle permet au prêteur d'être remboursé à tout moment, ainsi que le soulignent de nombreux arrêts²³⁰⁷, ce qui favorise ce mode de financement. Cependant la demande de remboursement du prêt va entraîner une augmentation du passif de l'entreprise.

²³⁰⁵ Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Defrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.).

²³⁰⁶ Le remboursement de l'apport en compte courant n'est pas lié à la qualité d'associé du débiteur en liquidation judiciaire mais en sa qualité de créancier sur la personne morale. V. en ce sens : Cass. Com., 23 sept. 2014, n°12-29.262 et n°13-15.437, *Bull. Civ.*, IV, n°135, note PAGNUCCO (J.-C.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2014/18, comm. 319 ; *BJS*, 1 déc. 2014, n°12, p. 712, MOUJAL-BASSILANA (E.) ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 124, note SAINTOURENS (B.) ; Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; *Gaz. Pal.*, Mars-avr. 2010. Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2011, comm. n°147, note MORTIER (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; *RTD Com.*, 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

A contrario, dans un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 1997 (Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Defrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.)), les juges ont retenu que l'unanimité des associés lors d'une assemblée générale pouvait venir bloquer le remboursement de l'avance en compte courant. Mais cette solution semble contraire, comme le souligne les professeurs Saintourens et Couret, au principe d'indépendance de la qualité de créanciers de l'apporteur en compte courant. Ce blocage venant non pas augmenter les engagements des associés qui se rapporte aux apports donnés à la société, mais bien une augmentation des engagements des créanciers (*a contrario* : « Appel des fonds consécutif à l'affectation de pertes au compte courant d'associé conformément aux statuts ne constitue pas une augmentation des engagements des associés » : TREBULLE (F.-G.), « Augmentation des engagements des associés et sort du solde du compte courant », *Dr. Sociétés*, févr. 2005, comm. 24).

²³⁰⁷ Cette solution est tirée de la nature juridique de l'avance, qui est assimilée à un prêt. V. en ce sens : Cass. Civ., 3 mai 2018, n°16-16.558, *JCP éd. E.*, 28 mars 2019, n°13, p. 19-20, note Pagnucco (J.-C.) ; *JCP éd. E.*, 11 oct. 2018, n°41, p. 61, note HOVASSE (H.) ; *JCP éd. N.*, 5 oct. 2018, n°40, p. 34, note STORCK (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1 août 2018, n°8, p. 24, note HOVASSE (H.) ; *BJS*, 1 juill. 2018, n°7, p. 428, note BARBIERI (J.-F.) ; DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », *A.J.C.A.*, 2018, p. 459 ; Cass. Com., 10 mai 2011, n°10-18.749, *SAS Geneviève Lethu*, *Dr. Sociétés*, 2011, Comm. 147, note MORTIER (R.) ; *Bull. Joly*, 2011. 754, note LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; *Gaz. Pal.*, 8-9 juin 2011, p. 15, note DONDERO (B.) ; *D.*, 2011. 283, note BLOUD-REY (C.) ; *RTD Com.*, 2011. 575, obs. CONSTANTIN (A.) ; Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; *Gaz. Pal.*, Mars-avr. 2010. Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2011, comm. n°147, note MORTIER (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; *RTD Com.*, 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Com., 3 nov. 2004, n°01-17.491, *Dr. Sociétés*, 2005, comm. 24, obs. TREBULLE (F.-G.) ; Cass. Com., 12 nov. 2004 : *JurisData* n°2004-025485, note COURET (A.) ; Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Defrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.). Cass. Com., 12 janv. 1993, n°91-11.558, *Bull. Joly*, 1993. 336, note COURET (A.) ; Cass. Com., 15 juill. 1982, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 75, note SORTAIS (J.-P.) ; Cass. Com., 18 nov. 1986, n°91-11.558, *JCP*, 1987. II. 20806, note JEANTIN (M.) ; *D.*, 1987. 389, note BOUSQUET (J.-C.) ; *Rev. Sociétés*, 1987. 581, note URBAIN (I.).

Il convient de préciser que le remboursement du solde en compte courant peut être demandé quelle que soit la situation de la société²³⁰⁸, même dans le cas d'une liquidation judiciaire²³⁰⁹. L'associé peut ainsi demander le remboursement de ses comptes courants même si cela met en péril la société²³¹⁰, comme ce fut le cas dans l'affaire Sodimedical²³¹¹. La liberté contractuelle vient donc prévaloir sur la survie de l'entreprise.

Il en serait différemment si la qualité d'associé était privilégiée à celle de créancier.

Certains auteurs²³¹² préconisent l'encadrement de ce droit au remboursement de l'associé, le jugeant trop dangereux pour la société et contraire à de nombreux principes du droit des sociétés. En effet, cette demande, intervenant malgré les difficultés de la société, peut manifester une fissure de l'*affectio societatis*²³¹³, et ainsi « s'éloigner de la bonne foi dans l'exécution du contrat de société »²³¹⁴. En effet, certains auteurs appellent également à encadrer cette demande car : « *Les comptes courants d'actionnaires ne sont pas considérés en pratique comme des créances comme les autres, mais comme des quasi-fonds propres car ils constituent, comme le capital, l'apport de l'actionnaire. En*

²³⁰⁸ La société ne peut opposer la situation financière difficile à la demande de remboursement d'un apport en compte courant. V. en ce sens : CA Aix-en-Provence, 6 juill. 2017, n°15-05231, *Dr. Sociétés*, 2018, comm. 13, note LEGROS (J.-P.) ; *RJDA*, 11/7, n°720 ; CA Paris 24 févr. 2015, n°13-20.394, *RJDA*, 5/13, n°342 ; Cass. Com., 10 mai 2011, n°10-18.749, SAS *Geneviève Lethu*, *Dr. Sociétés*, 2011, Comm. 147, note MORTIER (R.) ; *Bull. Joly*, 2011. 754, note LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; *Gasz. Pal.*, 8-9 juin 2011, p. 15, note DONDERO (B.) ; *D.*, 2011. 283, note BLOUD-REY (C.) ; *RTD Com.*, 2011. 575, obs. CONSTANTIN (A.) ; Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; *Gasz. Pal.*, Mars-avr. 2010. Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2011, comm. n°147, note MORTIER (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; *RTD Com.*, 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Com., 3 nov. 2004, n°01-17.491, *Dr. Sociétés*, 2005, comm. 24, obs. TREBULLE (F.-G.) ; Cass. Com., 12 nov. 2004 : *JurisData* n°2004-025485, note COURET (A.) ; CA. Versailles, 2 mai 1999, n°96-8453 : *RJDA*, 7/99, n°788 ; Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Deffrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.) ; Cass. Com., 15 juillet 1982, *BJS*, 1982, p. 968, § 411 ; *Rev. Sociétés*, 1983, p. 75, note SORTAIS (J.-P.) ; GARÇON (J.-P.), « Le droit au remboursement permanent des comptes courants d'associés », *JCP éd. E*, 1998, 1536.

²³⁰⁹ Cass. Com., 5 mars 1991, n°89-21.381, *BJS*, 1991, p. 499.

²³¹⁰ CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 310, note SORTAIS (J.-P.).

²³¹¹ CA Aix-en-Provence, 6 juill. 2017, n°15-05231, *Dr. Sociétés*, 2018, comm. 13, note LEGROS (J.-P.) ; *RJDA*, 11/7, n°720 ; Cass. Com., 3 juill. 2012, n°11-18.026, *BJS*, sept. 2012, p. 631, note PELLETIER (N.) ; *BJE*, Sept 2012, p. 279, note NEAU-LEDUC (C.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2013, p. 29, note SAINTOURENS (B.) ; *JCP éd. E*, 2012, 1757, note PETEL (P.) ; *Journal des sociétés*, 1 juill. 2013, n°110, p. 47, RUELLAN (F.-X.).

²³¹² V. obs. : Cass. Com., 12 nov. 1991, *Sté Acanthe c/ Fille Kerviel*, *RTD Com.*, 1992, p. 820, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

²³¹³ Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Deffrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.).

²³¹⁴ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°198, p. 160. En effet, quelques arrêts ont invoqué sur le principe de la bonne foi une interdiction de demander le remboursement du solde du compte courant, au motif que la demande de remboursement de la société pourrait vraiment mettre en péril la société : V. Notamment : CA Paris 24, févr. 2015, n°13-20.394, *BJS*, juill. 2015, n°113t2, p. 338, note LAROCHE (M.).

d'autres termes, l'actionnaire est moins légitime à se faire rembourser que les autres créanciers, en tout cas dans un contexte d'entreprise en difficulté »²³¹⁵. Ce remboursement pourrait ainsi être subordonné à la bonne santé de la société.

Cette solution reposerait ainsi sur « *la singularité* »²³¹⁶ de la créance que représente l'avance en compte courant d'associé. Le professeur Lucas indique que l'associé qui finance la société par le biais d'avances en compte courant « *n'est pas un créancier comme les autres* »²³¹⁷. Il ne devrait donc pas provoquer l'aggravation du passif de l'entreprise en demandant le remboursement de sa créance en compte courant. L'auteur suppose ainsi que « *son état d'associé le conduit à accorder en quelque sorte un moratoire tacite à la société* »²³¹⁸. Sans le nommer, le professeur Lucas fait référence à l'*affectio societatis*, lequel crée des devoirs à la charge de tout associé. Ainsi les associés ne pourraient, par principe, porter atteinte à l'intérêt social en demandant le remboursement de leur compte courant. Cependant, il faudrait nettement privilégier la qualité d'associé, ce qui ne paraît pas être le cas.

814. L'exemple plus coercitif du droit allemand. En Allemagne, l'associé qui fait un prêt ne peut récupérer sa créance pendant le temps de la procédure collective ou déclarer cette créance en procédure collective. Il est contraint d'abandonner sa créance, car le droit allemand refuse d'admettre qu'un associé qui se doit d'agir en « *bon père de famille* » envers la société en difficulté prête avec intérêts de l'argent, plutôt que de renflouer les fonds propres et sauver la société²³¹⁹. Le droit français se distingue une nouvelle fois par la protection qu'il accorde aux associés, contrairement au droit allemand qui se veut plus coercitif. L'insertion dans notre droit d'un dispositif qui viendrait contraindre l'associé à abandonner sa créance en compte courant, serait une avancée significative et une nouvelle consécration du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

Pour l'heure, l'absence de demande de remboursement du compte courant résulte uniquement d'un devoir naturel de l'associé créancier. Pourtant, eu égard au risque que fait l'associé courir créancier à l'entreprise en difficulté, il serait opportun de revenir à la solution adoptée par la jurisprudence antérieure. Celle-ci prônait l'interdiction pour l'apporteur en compte courant de

²³¹⁵ MERCIER (J.-L.), KOPF (F.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, p. 47.

²³¹⁶ Note LUCAS (F.-X.), sous Cass. Com., 10 janv. 2012, n°11-10018, *Sté France Q Group c/ Sté FPI*, *BJS*, avr. 2012, n°JBS-2012-0177, p. 295.

²³¹⁷ *Ibid.*

²³¹⁸ *Ibid.*

²³¹⁹ DEGENHART (J.-E.), « Voyage à travers les pays de la subordination des prêts d'associé », *BJE*, 1 mai 2015, n°3, p. 175.

demander le remboursement de sa créance.

B) Un droit au remboursement déjà encadré par le passé

815. Le droit positif appréhende l'apporteur en compte courant comme un créancier. Ainsi, il n'est pas possible de lui opposer, en cas de remboursement, la contribution aux pertes²³²⁰ ou l'exigence du maintien du capital²³²¹ applicable aux associés. Il semble alors juste de se fonder sur sa qualité d'associé pour lui interdire de demander le remboursement de son compte courant, qui peut mettre en péril le sauvetage de l'entreprise. Cette solution avait d'ailleurs été retenue dans des arrêts de cour d'appel.

816. L'existence passée d'un devoir de secours de l'associé prêteur. Au début des années 1980, une série d'arrêts d'appels²³²² a refusé à l'associé le droit d'être remboursé de son avance en compte courant, lorsque le retrait de ces fonds était dangereux pour la société²³²³. L'appel au sens des responsabilités de l'associé voudrait en effet qu'il ne mette pas en péril la société, même s'il dispose d'un droit de demander le remboursement de sa créance. L'associé devrait ainsi mettre de côté ses intérêts, afin de préserver la survie de l'entreprise. Ce sacrifice imposé à l'associé pourrait permettre la survie de la société et serait également protecteur des intérêts des salariés, des créanciers ou des cocontractants. La qualité d'associé n'implique-t-elle pas une « obligation de retenue »²³²⁴ lorsqu'il demande le remboursement des sommes versées en compte courant ? La Cour de Cassation a répondu cette question, estimant que l'associé était soumis à un « devoir » de ne pas réclamer le remboursement de ce qui lui était pourtant dû²³²⁵. L'inverse apparaîtrait contraire au principe d'*affectio societatis* qui doit animer tous les associés ainsi qu'au principe de participation aux pertes. Le remboursement immédiat conduit

²³²⁰ C. Com. Art. L. 1832, al. 3.

²³²¹ Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Deffrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.).

²³²² CA Aix-en-Provence, 14 nov. 1980, cassé par Cass. Com., 15 juillet. 1982, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 75, note SORTAIS (J.-P.) ; CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 308, note SORTAIS (J.-P.).

²³²³ CA Aix-en-Provence. 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 308, note SORTAIS (J.-P.) : Selon les juges, « L'exigence brutale, dans ces conditions, par Tron, du remboursement immédiat et intégral du montant de son compte-courant, tend d'une part à une rupture d'équilibre entre les apports en compte-courant des principaux associés, et constitue d'autre part une initiative consciente, de la part d'un associé très important, de nature à ruiner définitivement la société, étant manifeste, dans la situation où elle se trouve, qu'elle est hors d'état de faire face à une telle charge ».

²³²⁴ CA Versailles, 20 sept. 1996, *RTD Com.*, 1997.461, obs. CHAMPAUD (D.), DANET (D.).

²³²⁵ Sur l'existence d'un « devoir » de l'associé de ne pas réclamer son avance en compte courant : V. en ce sens CERATI-GAUTIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°66, p. 66.

effectivement à faire primer l'intérêt de l'associé au détriment de « *la stabilité financière de la société et de l'égalité entre associés* »²³²⁶. Les magistrats précisent que la demande de remboursement ne peut être formulée que « *dans des conditions compatibles avec l'intérêt social* »²³²⁷. Les motifs des hauts magistrats semblent être fondés, si l'on considère que l'apporteur en compte en courant est un associé et non un tiers prêteur n'ayant à se soucier que de sa créance. Cependant, toute leur argumentation pour refuser le retrait des fonds de la société repose sur le postulat que l'associé prêteur est avant tout un associé soumis aux obligations inhérentes à cette qualité.

817. Ce raisonnement conduit à confondre l'associé-débiteur, qui consent un apport²³²⁸, et l'associé-créancier, qui consent une avance en compte courant. Contrairement à la solution dégagée par la jurisprudence actuelle qui distingue les deux qualités²³²⁹. La première solution est plus soucieuse des intérêts de l'entreprise.

818. Conclusion Section II. Malgré l'ouverture de la procédure collective, l'associé créancier dispose toujours de son droit de demander immédiatement le remboursement de son compte courant. Ainsi, l'apporteur en compte courant est uniquement appréhendé en sa qualité de créancier par les dispositions du droit des entreprises en difficulté. En lien avec le principe de participation de l'associé, on pourrait alors imaginer une disposition permettant de neutraliser cette demande de remboursement, laquelle pourrait être justifiée par la qualité d'associé et le devoir d'*affectio societatis* auquel tout associé est soumis.

²³²⁶ DE RAVEL D'ESCLAPON (M.), « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », A.J.C.A., 2018, p. 459.

²³²⁷ V. CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 308, note SORTAIS (J.-P.).

²³²⁸ Sur l'apport et la notion d'associé : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Paris, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978, nos° 17 et s., p. 26 et s.

²³²⁹ COURET (A.), « Dépendance ou indépendance des qualités d'associés et d'apporteur en compte courant », *Bull. Joly*, 1992, p. 7.

Conclusion du chapitre I

819. Le principe de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise est un principe émergent. Il est logique d'en étudier les extensions possibles, car plusieurs situations échappent encore à son application.

820. Parmi ces exceptions, on peut compter le cas de l'associé créancier, titulaire d'une créance compte courant. L'indépendance des qualités d'associé et de créancier serait un obstacle à la participation de l'associé créancier au redressement de l'entreprise. Ce principe signifie que le prêteur en compte courant doit être appréhendé uniquement en sa qualité de créancier. Pourtant, retenir la qualité de créancier peut entraîner des conséquences préjudiciables pour l'entreprise. Par exemple, si on écarte une personne associée de la société, comme cela peut être le cas lors d'une cession forcée de ses titres, celle-ci pourra toujours demeurer liée à l'entreprise par son avance en compte courant. Rappelons que la cession forcée des titres n'entraîne pas la cession du compte courant de l'associé. Ainsi, l'objectif de la cession forcée des titres, visant à évincer une personne de l'entreprise, se trouve en partie neutralisée. En outre, il peut paraître surprenant que l'associé puisse faire partie des comités de créanciers, alors qu'il peut avoir des intérêts divergents de ceux des autres créanciers. Par voie de conséquence, l'associé créancier est exempt d'une participation contrainte au sauvetage de l'entreprise, le droit des procédures collectives ayant préféré se fonder sur la nature de la prestation plutôt que sur la qualité du titulaire de l'avance. L'apporteur en compte courant est pourtant d'abord un associé avant d'être un créancier. Le droit des sociétés et le droit fiscal ne dissocient pas ces qualités.

821. Il est possible de penser que le législateur a voulu privilégier la qualité de créancier de l'apporteur en compte courant, le laissant ainsi bénéficier des dispositions favorables aux éventuels investisseurs. Le remboursement n'est cependant pas lié à la qualité d'associé, mais à la qualité de créancier.

822. Désormais, cette situation fait figure d'exception au regard de notre droit positif qui a vu émerger plusieurs mesures tendant à neutraliser l'associé faisant obstacle au sauvetage de l'entreprise. La position de la jurisprudence et du législateur pourrait ainsi s'infléchir si l'évolution amorcée se poursuit. Plusieurs anciennes jurisprudences avaient d'ailleurs tranché en faveur d'une participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, admettant que le droit au

remboursement du compte courant pouvait être interdit dans le contexte d'une procédure collective. En effet, en se basant sur la qualité d'associé du prêteur, les juges avaient considéré que cette demande de remboursement était contraire à l'*affectio societatis* qui doit animer tout associé. Cette interdiction serait exactement conforme aux conditions d'application du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, lesquelles reposent sur les difficultés de l'entreprise et la qualité d'associé. L'extension du principe de participation de l'associé à l'apporteur en compte courant associé serait alors cohérente.

CHAPITRE II

La nécessité de contraindre l'associé à adopter un coup d'accordéon

823. Le « *coup d'accordéon* » est une opération de refinancement de l'entreprise par une injection de capital. Suite aux pertes subies par la société, les associés décident lors d'une même assemblée générale extraordinaire, de la réduction du capital social puis de son augmentation consécutive. La réduction du capital s'impute sur les pertes, ce qui permet d'épurer le bilan. Les pertes sociales ainsi effacées ou réduites, les associés, anciens ou nouveaux, procéderont à une augmentation de capital qui permettra l'apport de nouveaux fonds nécessaires à la continuation de l'activité sociale.

824. Le coup d'accordéon peut apparaître comme un outil précieux pour le sauvetage de la société en difficulté, de fait, cette technique juridique est fréquemment utilisée dans ce contexte²³³⁰. La recapitalisation de la société par ce moyen présente de nombreux intérêts, à la fois stratégiques²³³¹, financiers et fiscaux²³³². Elle présente cependant un risque pour les associés en place. Par le biais d'une réduction du capital à zéro²³³³, l'assemblée pourra prendre la décision

²³³⁰ SYLVESTRE-TOUVIN (S), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. 2003, les presses de l'université Aix-Marseille, préface de LE CANNU (P.), p. 30 ; HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, th. 1981, L.G.D.J., préface de DIDIER (P.), n°165, p. 133.

²³³¹ HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, th. 1981, L.G.D.J., préface de DIDIER (P.), n°165, p. 133.

²³³² L'autre avantage d'une réduction du capital c'est qu'elle ne fait pas disparaître, en principe, le report de déficit fiscal. En effet, la reprise d'entreprise par voie interne permet de bénéficier du report des déficits, mais elle présente l'inconvénient de reprendre les pertes (ROUSSEL-GALLE (P.), « Associé, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109). Le droit fiscal suit généralement la norme comptable. Ainsi, lorsqu'une partie des bénéfices est absorbée par les déficits antérieurs, cela évite à l'entreprise de payer de l'impôt sur cette fraction du bénéfice. La solution est toutefois différente si l'assemblée décide d'effacer les pertes en sacrifiant une partie du capital. Dans ce contexte, la société n'a bénéficié d'aucun avantage fiscal. La réduction du capital n'a neutralisé aucun bénéfice, ni créée d'économie fiscale. La société peut donc conserver son report de déficit et l'utiliser dès qu'elle reviendra à une situation bénéficiaire.

²³³³ La validité de cette technique sociétaire est toutefois soumise à une condition, si l'on se réfère au droit des sociétés. En effet, l'article L. 224-2 alinéa 1 du code de commerce prévoit pour la société anonyme que « *Le capital social doit être de 37 000 euros au moins* ». L'article L. 224-2 alinéa 2 du code de commerce envisage la réduction du capital en dessous du minimum légal, mais n'envisage cependant pas l'hypothèse de le réduire à néant. La licéité d'un tel montage est soumise à la condition suspensive d'une augmentation de capital consécutive à la réduction du capital social, augmentant le niveau du capital social au moins jusqu'au minimum légal prévu à l'alinéa 1 de l'article L. 224-2 du code de commerce (CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.), *Sociétés commerciales*, éd. 2021, Mémento pratique, Francis Lefebvre, n°52161, p. 941). La justification donnée à cette entorse faite par le droit spécial est que « *La survie de la société rend légitime la réduction du capital à 0* » (GALLOIS-COCHET (D.), « Les montages en droit des sociétés », *RD com.*, 1 juillet 2007 n°3, p. 1022. Un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 20 mai 1999 confirme également cette condition de survie de la société : « *une opération,*

de neutraliser le droit préférentiel de souscription et d'annuler tous les titres de la société, supprimant *de facto* tous les droits de l'associé en place au sein de la personne morale. Toutefois, il faut préciser que cette atteinte est relative, puisque consentie par l'assemblée, laissant à l'associé le pouvoir de décider de cette opération. Cette technique, très efficace et salutaire pour l'entreprise est laissée à la maîtrise de l'associé. Il serait alors opportun d'introduire un dispositif de neutralisation de l'associé s'opposant au coup d'accordéon forcée et d'écarter le droit de veto sur cette opération de certains obligataires (**Section I**).

825. De plus, même si cette opération est adoptée par la majorité de l'assemblée, il faudra éventuellement faire face aux velléités éventuelles des minoritaires, subissant cette restructuration. Les juges ont eu à connaître à plusieurs reprises du conflit opposant des minoritaires à des majoritaires, lors d'une décision de réduction de capital à zéro adoptée par la majorité. À cette occasion, les minoritaires s'étaient vu imposer cette restructuration du capital, ayant pour effet de les évincer de la société. Afin de défendre leurs intérêts, ces associés minoritaires mettaient en avant plusieurs moyens pour remettre en cause l'opération, malgré l'opportunité de celle-ci pour le sauvetage de la société. Ces différents recours demeurèrent vains jusqu'à aujourd'hui. Plusieurs jurisprudences ont en effet affirmé depuis que l'intérêt social surpasse les intérêts privés des associés, lesquels doivent céder devant l'impératif du sauvetage de l'entreprise.

826. Après de nombreuses tentatives, les associés minoritaires ont peut-être trouvé la parade à cette éviction forcée, en insérant dans le pacte d'actionnaires une clause anti-dilution qui ne peut être remise en cause pour motif d'intérêt social. Cependant, lorsque l'entreprise sera en procédure collective, le débiteur et l'organe de la procédure pourront neutraliser cette convention en décidant de ne pas poursuivre ce contrat. L'intervention de l'organe judiciaire empêchera ainsi les associés de faire échec à la reprise et au sauvetage de l'entreprise (**Section II**).

communément appelée coup d'accordéon, consistant en une réduction du capital social à zéro, sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à amener celui-ci à un montant au moins égal au minimum légal, est licite lorsqu'elle est justifiée par la survie de la société à la condition qu'elle ne constitue pas un abus de majorité » : CA. Versailles, 20 mai 1999, RTD Com. 2000, p. 962, obs. CHAZAL (J.-P.), REINHARD (Y.)). V. également : GALLOIS-COCHET (D.), « Les montages en droit des sociétés », RD com., 1 juillet 2007 n°3, p. 1022.

SECTION I

L'absence regrettable d'un dispositif imposant un coup d'accordéon

827. La technique du coup d'accordéon présente de nombreux avantages pour le sauvetage de l'entreprise. En cohérence avec le nouveau principe impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, une restructuration pourrait être imposé (§I). Cette technique doit être adoptée par l'assemblée générale extraordinaire, laquelle demeure souveraine sur cette décision. Toutefois, les obligataires disposent d'un droit de veto. Ces obligataires, souvent assimilés à des associés, pourraient éventuellement être également soumis au principe de participation l'associé au sauvetage de l'entreprise (§II).

§I - La préconisation d'une contrainte à l'égard de l'associé

828. Le droit des entreprises en difficulté préserve les droits de l'associé et son pouvoir de décision en ce qui concerne l'adoption d'un coup d'accordéon. Pourtant celui-ci pourrait être imposé sur le fondement du principe impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise.

829. **La nécessité de la réduction du capital pour le sauvetage de la société.** Il convient de prime abord d'évacuer l'hypothèse d'une réduction du capital social non motivée par des pertes, laquelle ne concerne que les sociétés prospères²³³⁴. En droit des procédures collectives, seule la réduction du capital social motivée par des pertes doit être envisagée.

Ensuite, il est nécessaire de démontrer l'importance du coup d'accordéon pour le sauvetage de la société.

En droit des sociétés, la réduction du capital social est très peu envisagée par les textes²³³⁵.

²³³⁴ Dans ce cas de figure, la réduction du capital social permet aux associés de récupérer une partie de leurs apports sous condition de l'accord des créanciers. V. Sur la réduction du capital social non motivée par des pertes : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^e éd. 2020, n°1377, p. 533. On trouve quelques mentions de cette opération pour les sociétés anonymes à l'article L. 225-204 du Code de commerce qui fixe le processus de cette opération (C. Com. Art. L. 225-204, al. 1 : « *La réduction du capital est autorisée et décidée par l'assemblée générale extraordinaire, qui peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, tous pouvoirs pour la réaliser. En aucun cas, elle ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires* »). Cette opération sociétaire

Néanmoins, si les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social et que les associés refusent l'option de la dissolution de la société, alors cette réduction sera la condition à la poursuite de l'activité²³³⁶. Cette réduction du capital social sera ainsi motivée par des pertes et hors de portée du droit d'opposition des créanciers²³³⁷.

Le coup d'accordéon assainit les comptes de la société, en permettant d'imputer les pertes sur le capital, les associés vont effacer ces pertes et donner ainsi une image plus nette de la situation comptable de la société²³³⁸. L'action de réduire le capital s'apparente à un abandon de créance des associés²³³⁹, lesquels acceptent la perte de leurs apports. Outre la perte de son apport, l'associé consent également la perte définitive de tout ou partie de ses droits financiers et politiques. La perte financière des associés demeure relative, dès lors que leurs titres avaient probablement perdu une part de leur valeur.

Il est nécessaire de préciser que la simple réduction du capital social ne fait que masquer les difficultés de l'entreprise, ne diminuant pas le passif exigible de la société, et ne créant pas de garanties pour les créanciers. Le mécanisme de réduction du capital va tout au plus effacer les pertes en contrepartie d'une baisse du capital social. C'est la raison pour laquelle une simple diminution du capital ne favorise pas le rétablissement d'une société en difficulté. Cette opération n'est bénéfique que si les associés préexistants ou un tiers entrant dans le capital, injectent des capitaux nouveaux dans le cadre d'une augmentation de capital consécutive. Ainsi

est également mentionnée à l'article L. 225-205 du Code de commerce qui traite du droit d'opposition des obligataires et des créanciers (C. Com. Art. L. 225-205, al. 1 : « Lorsque l'assemblée approuve un projet de réduction du capital non motivée par des pertes, le représentant de la masse des obligataires et les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au greffe du procès verbal de délibération peuvent former opposition à la réduction, dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat ») et à l'article L. 225-206 du Code de commerce sur l'achat d'actions afin de réduire le capital social. Enfin, pour les sociétés à responsabilité limitée, il y est fait mention aux articles L. 223-34 (C. Com. Art. L. 223-34 : « La réduction du capital est autorisée par l'assemblée des associés statuant dans les conditions exigées pour la modification des statuts. En aucun cas, elle ne peut porter atteinte à l'égalité des associés ») et L. 223-42 (C. Com. Art. L. 223-42 : « Si la dissolution n'est pas prononcée à la majorité exigée pour la modification des statuts, la société est tenue, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue, de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves, si dans ce délai, les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social ») du Code de commerce.

²³³⁶ C. Com. Art. L. 225-248 ; C. Com. Art. L. 223-42. Pour un exemple jurisprudentiel : V. CA Versailles 12^e ch. 2^e sect., 16 déc. 2004, n°97-03.389, J. c/ SA OGDI-Cogedim, BJS, 1 juin 2005, n°6, p. 701, note SYLVESTRE (S.).

²³³⁷ Sur la distinction entre la réduction de capital motivée par des pertes et la réduction de capital non motivée par des pertes : COURET (A.), « La réduction du capital », in COURET (A.)(dir.), LE NABASQUE (H.)(dir.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 85.

²³³⁸ Sur l'utilisation du coup d'accordéon pour faire disparaître les pertes : MORTIER (R.), « La réalisation du coup d'accordéon », *JCP éd. E*, 2011, 1365 ; GRUNDELER (G.), « Le point sur la validité des coups d'accordéon », *Dr. Sociétés*, 2011, alerte n°36.

²³³⁹ L'associé dispose à l'égard de la société un droit de créance donné par ses titres. Il s'engage par le contrat d'apport à verser l'intégralité du montant de son apport et perçoit en échange plusieurs droits à l'égard de la personne morale comme la distribution de dividende, des droits politiques... Sur cette notion d'abandon de créance : SYLVESTRE-TOUVIN (S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th., PUAM, 2003, nos°22 et s., p. 37.

que le rappellent Briquet et Marquet, le rétablissement de l'entreprise est « *plus un problème économique que juridique* »²³⁴⁰. L'ouverture de la procédure collective a pour origine un manque de trésorerie et, à un moindre niveau, une insuffisance des capitaux propres²³⁴¹.

L'entreprise a besoin de fonds pour augmenter sa croissance et développer son activité²³⁴². C'est par la vertu de ce jeu d'écritures comptables que des nouveaux investisseurs, porteurs de ce crédit, pourront être intéressés par le projet de reprise²³⁴³.

C'est en réalité la deuxième phase du coup d'accordéon, soit l'augmentation du capital social, qui aura un réel intérêt pour le sauvetage de l'entreprise. Ce nouveau financement sera décisif pour l'acquisition de nouveaux moyens de production et pour augmenter la capacité d'endettement de l'entreprise. Le coup d'accordéon va permettre de rééquilibrer le ratio entre la dette et les capitaux propres, ce qui contribuera à redonner confiance aux créanciers et à faciliter l'obtention de nouveaux emprunts bancaires. Elle présente bien sûr un intérêt pour les associés qui pourront espérer, grâce à ces capitaux nouveaux, une compensation de la perte de leurs apports avec la distribution future de dividendes²³⁴⁴.

830. L'absence de contrainte pesant sur l'associé pour l'adoption d'un coup d'accordéon. Malgré la nécessité du coup d'accordéon pour la survie de la société, le droit des entreprises en difficulté laisse les associés souverains sur la décision de cette opération.

Désormais, la technique sociétaire du coup d'accordéon figure dans le livre VI du Code de commerce²³⁴⁵, à l'article L. 626-3 alinéa 2²³⁴⁶. Cette disposition prévoit en son alinéa 2, la possibilité de procéder à un coup d'accordéon pour reconstituer les capitaux propres. Cet

²³⁴⁰ BRIQUET (J.-M.), MARQUET (J.-Y.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004 n°148, p.43.

²³⁴¹ DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires - Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n°100.

²³⁴² GINGLINGER (E.), *Le financement des entreprises par les marchés de capitaux*, coll. finance 1991, PUF, p. 13.

²³⁴³ CHVIKA (E.), *Droit privé et Procédures collectives*, th., *Defrénois*, préface de BONNEAU (T.), 2003, p. 377.

²³⁴⁴ L'apurement des pertes comptables va alléger le passif de la société et permettre à celle-ci de retrouver rapidement une possible distribution des dividendes. Si l'état de difficulté de la société n'est pas trop avancé, les investisseurs pourraient espérer à court un retour sur investissements. La problématique de la sous-capitalisation, au-delà de la perte de crédit qu'elle suscite, est que les pertes cumulées interdisent la distribution des bénéfices de l'exercice (C. Com. Art. L. 232-11 : « *Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice 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* »). Les profits faits par la société serviront donc à apurer les pertes. En abandonnant une part de leurs créances en capital, afin de réorganiser le haut du bilan de la société, les associés donnent une chance à la société de se redresser et une possibilité pour eux de compenser les titres perdus par l'octroi des bénéfices futurs (SYLVESTRE-TOUVIN (S), *le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. PUAM, préface de LE CANNU (P.), 2003, n°44, p. 52). En effet, « *L'actionnaire a le devoir de réduire la dette de l'entreprise à hauteur de ses facultés contributrice* » (MERCIER (J.-L.), KOPF (F.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, p. 47).

²³⁴⁵ Sur cette opération en droit des entreprises en difficulté : LEGROS (J.-P.), *Sauvegarde, Redressement, liquidation judiciaire. - Sort de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°55.

²³⁴⁶ Récemment modifié par la loi Macron : DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « *Loi Macron : La prise de contrôle d'une société par ses créanciers* », *BJE*, 1 janvier 2015, n°1, p.1.

article indique à propos de l'assemblée qu'elle « *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* ». Cette restructuration du capital est cependant soumise à la volonté des associés.

Cette liberté accordée aux associés sur le sens de leur vote est conforme à celle du droit des sociétés. La réduction du capital social doit être autorisée par l'assemblée générale extraordinaire, conformément à l'article L. 225-204 du Code de commerce pour les sociétés par actions et à l'article L. 223-34 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée. Pour les sociétés anonymes, l'assemblée générale extraordinaire peut éventuellement déléguer cette décision au conseil d'administration ou au directoire²³⁴⁷. Elle peut cependant être imposée aux associés renonçant à la dissolution en cas de perte de la moitié des capitaux propres, conformément à l'article L. 225-248 du Code de commerce²³⁴⁸.

Cependant, cette solution n'est peut-être pas souhaitable dans le contexte d'une procédure collective. À ce propos, le professeur Daigre a souligné le caractère inévitable d'un coup d'accordéon lors d'une procédure collective. Selon cet auteur : « *Si le « coup d'accordéon » doit permettre l'entrée d'un nouveau partenaire dans la société, il est obligatoire (L. 1985, art. 22, al. 2)* »²³⁴⁹. Il précise même que « *la loi impose alors une réduction préalable du capital social en vue de la reconstitution des capitaux propres (L. 1985, art. 22, al. 2 [...])* »²³⁵⁰. On peut alors se demander si l'utilisation du coup d'accordéon n'est pas une exigence légale, lorsque l'entreprise est en procédure collective. Autrement dit, si la décision de réduire le capital social est imposée aux associés et constitue un préalable obligatoire à une reconstitution des capitaux propres après apurement des pertes pour faire entrer de nouveaux souscripteurs.

Une partie de la doctrine a répondu à cette question par la négative, considérant « *que le texte ne précise pas expressément que peut-être imposé un "coup d'accordéon"* »²³⁵¹. C'est en effet ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article L. 626-3 du Code de commerce qui dispose que l'assemblée « *peut également être appelée à décider de la réduction* ». Le coup d'accordéon n'est donc qu'une possibilité offerte aux

²³⁴⁷ C. Com. Art. L. 225-204, al. 2.

²³⁴⁸ DONDERO (B.), LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°1234, p. 851.

²³⁴⁹ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, répertoire de Droit des sociétés D, avril 2018, n°272 ; Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, art. 22, al. 2 : « *Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux propres à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social. Elle peut également être appelée à décider la réduction et l'augmentation de capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan* ».

²³⁵⁰ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°269.

²³⁵¹ LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, juin 2014, n°19 ; DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, p. 752.

associés et non une obligation légale. Pourtant, il semble difficile d'imaginer en pratique de reconstituer le capital, absorbant les pertes cumulées, sans effectuer un coup d'accordéon.

831. Vers un coup d'accordéon imposé aux associés. Si l'opération s'avère salvatrice pour la société, les associés pourraient néanmoins en être les victimes et pourraient donc refuser de recourir à cette technique²³⁵². À noter que les associés sont libres de voter cette réduction du capital, les organes de la procédure ou le juge ne peuvent pas voter à la place des associés réfractaires²³⁵³. En ce sens, le droit des entreprises en difficulté reste respectueux du droit des sociétés et de la souveraineté de l'assemblée des associés.

Pourtant, la technique du coup d'accordéon s'avère presque indispensable au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Plusieurs dispositions ont été adoptées afin de faciliter les reprises internes, comme l'augmentation du capital forcée²³⁵⁴ ou la cession forcée des titres²³⁵⁵. On peut alors regretter que le législateur ait oublié le coup d'accordéon de ce dispositif de forçage de la décision des associés²³⁵⁶. Cette technique sociétaire présente des finalités communes à ces mesures par les objectifs et les moyens mis en œuvre par le droit des procédures collectives. Rendre cette opération obligatoire serait une avancée supplémentaire dans la recherche d'outils pour la survie des entreprises. En se basant sur le même schéma que la reconstitution des capitaux propres²³⁵⁷ ou l'augmentation du capital forcée²³⁵⁸, un mandataire pourrait être nommé afin de convoquer l'assemblée, voire de voter en lieu et place des associés réfractaires à l'opération.

832. Afin que ce dispositif soit pleinement efficace, il serait opportun de supprimer le droit de veto dont disposent les obligataires sur une opération de coup d'accordéon.

²³⁵² La réduction du capital à zéro peut éventuellement entraîner l'éviction de certains associés. Cf. *Infra*. n°839.

²³⁵³ 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*, 1 oct. 2015 n°10, p. 521.

²³⁵⁴ C. Com. Art. L. 631-19-2, 1°.

²³⁵⁵ C. Com. Art. L. 631-19-2, 2°.

²³⁵⁶ TEBOUL (G.), « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 22 oct. 2015, n°211, p. 5 ; DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, janv. 2015, p. 1, n°111.

²³⁵⁷ C. Com. Art. L. 631-9-1.

²³⁵⁸ C. Com. Art. L. 631-19-2, 1°.

§II - La préconisation d'une contrainte à l'égard des obligataires ayant vocation à devenir associé

833. La réalisation du coup d'accordéon suppose l'accord des associés et le cas échéant celui des obligataires. La jurisprudence considère en effet que les titulaires d'obligations donnant accès au capital social disposent d'un droit de veto leur permettant de faire obstacle au coup d'accordéon. Ces obligataires sont alors assimilés à des associés alors même qu'ils n'ont pas encore acquis cette qualité. On peut alors supposer que, si ces obligataires doivent être appréhendés comme des associés, qualité à laquelle ils aspirent, alors ils devraient être soumis au principe impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise et ainsi ne pas faire obstacle à la réalisation de l'opération.

834. Le droit d'opposition à un coup d'accordéon des porteurs d'obligations donnant accès au capital. Dans le cadre d'une réduction du capital social motivée par des pertes, les créanciers ne peuvent pas s'opposer à la réduction du capital²³⁵⁹, au contraire des obligataires visant à entrer dans le capital social. Le coup d'accordéon va en effet perturber la position des associés en place, « *mais elle n'est pas non plus sans répercussions sur le sort de ceux qui ont vocation à revêtir une telle qualité* »²³⁶⁰.

La Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 10 juillet 2012, dit affaire Uniross²³⁶¹, que dans le cadre d'un coup d'accordéon avec réduction du capital à zéro, l'assemblée générale des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital devait être consultée afin d'autoriser l'opération touchant aux conditions d'attribution de titres de capital. En l'espèce, la société Uniross a émis des obligations remboursables en actions en 2007, puis a été soumise à une procédure de sauvegarde en 2008. Lors de cette procédure, un tiers a exigé comme condition à la reprise qu'un coup d'accordéon soit mis en œuvre. Une fois l'opération adoptée par l'assemblée générale puis arrêtée par le juge, le représentant des obligataires attaqua cette décision, au motif que les obligataires n'avaient pas été consultés. Ce recours fut d'abord rejeté

²³⁵⁹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°1374, p. 531.

²³⁶⁰ Note SOTIROPOULOU (A.), sous CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *Sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°02, p. 133.

²³⁶¹ Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *Rev. Proc. Coll.*, 2013, n°1, p. 42, note FRAIMOUT (J.-J.) ; *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810, note LUCAS (F.-X.) ; *Gaz. Pal.*, 13 oct. 2012, n°287, p. 21 ; *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2012, n°250, p. 26, note BERLAUD (C.) ; *BJE*, sept. 2012 n°05, p. 278, ROUSSEL-GALLE (P.), *BJS*, 1 novembre 2012 n°11, p. 810, note LUCAS (F.-X.) ; LEDEN, 10 sept. 2012, n°8, note BORGA (N.) ; *JCP éd. E*, 2012, 1571, note MOULIN (J.-M.) ; *JCP éd. E* 2012, 1757, note PETEL (P.), n° 6 ; *Rev. Sociétés*, 2012, p. 536, note HENRY (L.-C.) ; *Dr. Sociétés*, 2012, comm. 215, note LEGROS (J.-P.).

par le tribunal, avant d'être accepté par la cour d'appel²³⁶², puis la Cour de cassation²³⁶³.

Cette solution est ainsi motivée par le fait que la première opération de réduction du capital social à zéro avait pour effet de priver les porteurs d'obligations remboursables en actions de leur gage et, dans certains cas, de la possibilité d'acquérir des titres en remboursement de leurs créances. C'est pourquoi la Cour de cassation a estimé que les titulaires d'obligations remboursables en actions, actionnaires en puissance, devaient approuver le projet de modification du capital²³⁶⁴. Comme le souligne le professeur Lucas, la Cour de cassation rappelle que « *l'objectif de restructuration n'autorise pas tout et surtout pas ce procédé consistant à éteindre à peu de frais les dettes obligataires remboursables en actions en soutenant que, par l'effet de l'annulation des actions qu'emporte le coup d'accordéon, c'est tout le titre obligataire complexe qui se trouvait frappé de caducité* »²³⁶⁵.

L'article 228-104 du Code de commerce en tant que fondement du droit d'opposition des porteurs d'obligations donnant accès au capital. On peut alors s'interroger sur les fondements de cette solution. Si la validité du coup d'accordéon ne semble pas poser problème²³⁶⁶, il en est autrement du fondement de ce droit de veto accordé aux porteurs d'obligations remboursables en actions.

Le droit des procédures collectives ne donne aucune précision à ce sujet, sauf à interpréter l'article L. 626-3 du Code de commerce, qui dispose que l'assemblée des obligataires doit être convoquée « *lorsque leur approbation est nécessaire* ». Ainsi le coup d'accordéon ferait partie des modifications du capital nécessitant l'approbation des obligataires²³⁶⁷. Cette nécessité semble dans cette hypothèse avérée, dans la mesure où ils risquent de perdre leurs titres.

Selon le professeur Le Nabasque, les obligataires doivent en ce cas être traités comme des

²³⁶² CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°2, note SOTIROPOULOU (A.).

²³⁶³ Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *Rev. Proc. Coll.*, 2013, n°1, p. 42, note FRAIMOUT (J.-J.) ; *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810, note LUCAS (F.-X.) ; *Gaz. Pal.*, 13 oct. 2012, n°287, p. 21 ; *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2012, n°250, p. 26, note BERLAUD (C.) ; *BJE*, sept. 2012 n°05, p. 278, ROUSSEL-GALLE (P.), *BJS*, 1 novembre 2012 n°11, p. 810, note LUCAS (F.-X.) ; LEDEN, 10 sept. 2012, n°8, note BORGA (N.) ; *JCP éd. E* 2012, 1571, note MOULIN (J.-M.) ; *JCP éd. E* 2012, 1757, n° 6, note PETEL (P.) ; *Rev. Sociétés*, 2012, p. 536, note HENRY (L.-C.) ; *Dr. Sociétés*, 2012, comm. 215, note LEGROS (J.-P.).

²³⁶⁴ *Ibid.*

²³⁶⁵ Note LUCAS (F.-X.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22898, *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810.

²³⁶⁶ V. Cass. Com., 17 mai 1994, n°91-21364, *Bourgeois et autres c/ Sté Usinor*, *Usinor*, Bull. Civ. 1994, IV, n°183 ; *BJS*, juill. 1994, p. 816, n°219, note DAIGRE (J.-J.) ; *RTD Com.*, 1 juill. 2017, 3, p. 649-650, note MOURY (J.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 1485, note DANA-DEMARET (S.) ; *Dr. Sociétés*, 1992, comm. n°142, obs. LE NABASQUE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 17 nov. 1994, p. 747, note CHARTIER (Y.) ; *RTD Com.*, 1996, p. 73, obs. PETIT (B.) et REINHARD (Y.) ; *RJDA*, 1994, p. 740, n°934 ; *Deffrénois*, 1994, p. 1035, art. 35881, note HOVASSE (H.) ; Cass. Com., 10 janv. 1995, n°92-20.214, *Rev. Sociétés*, 1995, p. 70, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1995, jur., p. 203, note COURET (A.).

²³⁶⁷ Note LUCAS (F.-X.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810.

actionnaires, qualité à laquelle ils ont vocation à accéder²³⁶⁸. Cet auteur remarque que cette soumission au même sort que les actionnaires, ressort de l'alinéa 3 de l'article L. 228-98 du Code de commerce qui dispose qu' : « *en cas de réduction de son capital motivée par des pertes et réalisée par la diminution du montant nominal ou du nombre des titres composant le capital, les droits des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital sont réduits en conséquence, comme s'ils les avaient exercés avant la date à laquelle la réduction de capital est devenue définitive* ». Dans l'affaire Uniross, la société étant en procédure de sauvegarde, la réduction du capital était donc motivée par des pertes, les obligataires auraient dû être pris en compte en leur éventuelle qualité future d'actionnaires et, de fait, être consultés sur cette opération.

L'alinéa 3 de l'article L. 228-98 du Code de commerce ne précise pas, à propos de la réduction du capital motivée par des pertes, que les obligataires disposent d'un droit politique à cet égard²³⁶⁹. Le silence du texte à ce sujet peut paraître troublant, dans la mesure où les deux premiers alinéas de l'article L. 228-98 du Code de commerce prévoient sans équivoque l'autorisation des obligataires, « *par le contrat d'émission ou dans les conditions prévues à l'article L. 228-103* », sur des opérations sociétaires pouvant mettre en danger leurs droits²³⁷⁰. Ainsi, même si les porteurs d'obligations remboursables en actions sont affectés par la réduction du capital à zéro, la loi ne les invite pas à donner leur avis sur l'opération²³⁷¹.

Les juges ont donc motivé au visa de l'article L. 228-104 du Code de commerce, sanctionnant par une nullité le non-respect de l'article L. 228-103 du Code de commerce²³⁷². Conformément à l'article L. 228-103 alinéa 2 du Code de commerce, les assemblées générales des titulaires de valeurs mobilières sont appelées à statuer sur toutes modifications touchant « *aux conditions de souscription ou d'attribution de titres* ». Ce texte, applicable aux porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital, permettrait ainsi de justifier la consultation des porteurs d'obligations remboursables en actions. Cette disposition mettrait fin à un sacrifice devenu constant des porteurs de certaines valeurs mobilières lors d'un coup d'accordéon. Si l'on se réfère à cet arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2012²³⁷³, les titulaires d'obligations remboursables en

²³⁶⁸ Note LE NABASQUE (H.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22898, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 99 ; note LUCAS (F.-X.), *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810 ; *Rev. Sociétés*, 2012, p. 165, note GAUDEMET (A.).

²³⁶⁹ *Ibid.*

²³⁷⁰ Note SOTIROPOULOU (A.), sous CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°2.

²³⁷¹ Note LE NABASQUE (H.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 99 ; Note SOTIROPOULOU (A.), sous CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°2.

²³⁷² L'article L. 228-103 du Code de commerce dispose en son alinéa 2 que : « *Les assemblées générales des titulaires de ces valeurs mobilières sont appelées 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* ».

²³⁷³ Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *Rev. Proc. Coll.*, 2013, n°1, p. 42, note FRAIMOUT (J.-J.) ; *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810, note LUCAS (F.-X.) ; *Gaz. Pal.*, 13 oct. 2012, n°287, p. 21 ; *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2012, n°250, p.

actions disposeraient désormais d'un droit de blocage des opérations de coup d'accordéon. Ainsi, ils ont le droit de participer²³⁷⁴ à toutes les décisions qui pourraient entraîner une éventuelle contribution aux pertes²³⁷⁵.

835. La remise en question de l'article L. 228-104 du Code de commerce comme fondement du droit d'opposition des porteurs d'obligations donnant accès au capital. On le comprend, ce droit d'opposition des obligataires pourrait faire échec à la réduction du capital social, pourtant nécessaire à la survie de l'entreprise. Il est permis d'apprécier de façon extensive la portée de cet arrêt du 10 juillet 2012, qui devra certainement être appliqué à tous les titulaires de valeurs donnant accès au capital et non pas aux seuls titulaires d'une obligation remboursable en actions. L'arrêt fait en effet référence à l'article L. 228-103 du Code de commerce, lequel est applicable aux porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital²³⁷⁶. Cependant, le fondement choisit pour justifier ce droit d'opposition paraît « *discutable* »²³⁷⁷. Le reproche peut être fait que, même si l'opération annule les titres des obligataires, le coup d'accordéon ne semble pas toucher « *aux conditions de souscription de titres de capital déterminées au moment de l'émission* »²³⁷⁸, auquel fait référence l'article L. 228-103 alinéa 2 du Code de commerce. Le professeur Borga a pu évoquer une « *lecture quelque peu extensive de l'article L. 228-103* »²³⁷⁹. Le professeur Sotiropoulou considère également que : « *Pareille lecture de l'article L. 228-103 apparaît [...] trop hâtive* ». Enfin, le professeur Le Nabasque souligne dans le même sens que la Cour de cassation prend une décision courageuse que « *la lettre des textes n'imposait pas nécessairement* »²³⁸⁰. La réduction du capital à zéro n'a pas pour objectif premier de modifier les conditions d'accès au capital des porteurs d'obligations, même si ceux-ci sont touchés par les effets de cette

26, note BERLAUD (C.) ; *BJE*, sept. 2012 n°05, p. 278, ROUSSEL-GALLE (P.), *BJS*, 1 novembre 2012 n°11, p. 810, note LUCAS (F.-X.) ; LEDEN, 10 sept. 2012, n°8, note BORGA (N.) ; *JCP éd. E*, 2012, 1571, note MOULIN (J.-M.) ; *JCP éd. E*, 2012, 1757, n° 6, note PETEL (P.) ; *Rev. Sociétés*, 2012, p. 536, note HENRY (L.-C.) ; *Dr. Sociétés*, 2012, comm. 215, note LEGROS (J.-P.).

²³⁷⁴ C. Civ. Art. 1844, al. 1.

²³⁷⁵ Note LUCAS (F.-X.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810.

²³⁷⁶ Les porteurs de bons de souscription d'actions ou d'obligations convertibles en actions ou échangeables en actions pourraient ainsi jouir de ce droit. Pourtant, il n'en serait pas légitime, car pour les titulaires d'obligations échangeables en actions et les titulaires d'obligations convertibles en action ils pourront choisir entre l'attribution d'actions ou le remboursement de leurs titres en numéraire. Le contrat d'émission aura sûrement prévu la prendre en compte de la dégradation de la société. Quant aux porteurs de bons de souscriptions d'actions, ils n'auront pas d'intérêt à exercer leurs bons dans le cadre d'une entreprise en difficulté. Il paraît donc très hypothétique de les appréhender comme des futurs associés. En ce sens : V. Note SOTIROPOULOU (A.), sous CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°2.

²³⁷⁷ En ce sens : CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°2, note SOTIROPOULOU (A.).

²³⁷⁸ Sur cette critique : Note SOTIROPOULOU (A.), sous CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°2.

²³⁷⁹ Obs. BORGA (N.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, LEDEN, sept. 2012, p. 5, n°118.

²³⁸⁰ LE NABASQUE (H.), « L'ORA et la réduction de capital à zéro », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 99.

opération. C'est la raison pour laquelle il a peut-être été jugé qu'il était souhaitable de soumettre le coup d'accordéon à l'autorisation des assemblées générales des porteurs d'obligations remboursable en actions²³⁸¹. Cependant, la perte de toute chance de se voir attribuer des actions ne résulte pas, pour les porteurs d'obligations remboursables en actions, d'une modification des conditions d'attribution des actions mais de la réduction du capital à zéro, qui rend caducs ces titres. Par voie de conséquence, le fondement juridique retenu par la Cour de cassation semble insatisfaisant.

836. L'inopportunité de privilégier les intérêts des porteurs d'obligations remboursable en actions sur ceux de l'entreprise. La principale problématique de cet arrêt du 10 juillet 2012 est qu'elle soumet une opération déterminante pour le sauvetage de l'entreprise au vote de l'assemblée générale des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital²³⁸². Autrement dit, la défense des intérêts des porteurs des obligations a primé sur l'intérêt de l'entreprise, en contradiction avec la hiérarchie des objectifs visés par le droit des procédures collectives²³⁸³

Maintenir ce droit des porteurs d'obligations revient à soumettre la survie de l'entreprise à ses ces derniers. Ainsi que le souligne le professeur Sotiropoulou, même si la majorité des associés adoptaient le coup d'accordéon, l'opération serait quand même soumise à la volonté des porteurs d'obligations remboursables en actions, voire à un seul s'il détient la totalité des obligations²³⁸⁴. L'auteur propose d'ailleurs que, si ces porteurs doivent être considérés comme des associés, pourquoi ne pas leur donner le droit de participer à l'assemblée générale extraordinaire des associés²³⁸⁵ ? Cela permettrait de limiter leur droit d'opposition, mais n'aurait pas pour effet de le neutraliser, alors que ce droit de veto est contraire aux articles L. 620-1²³⁸⁶ et L. 631-1²³⁸⁷ du Code de commerce qui hiérarchisent les objectifs du droit des procédures collectives, priorisant la survie de l'entreprise sur les intérêts des créanciers.

Si le « *coup d'accordéon* » porte atteinte à leurs droits sur le capital social, n'ont-ils pas plus à perdre

²³⁸¹ En ce sens : V. note LUCAS (F.-X.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810.

²³⁸² V. Note SOTIROPOULOU (A.), sous CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°2.

²³⁸³ Sur la hiérarchie des objectifs de la procédure de sauvegarde : V. C. Com. Art. L. 620-1 : « *Cette procédure 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* ».

²³⁸⁴ Note SOTIROPOULOU (A.), sous CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, *BJS*, 1 févr. 2012, n°2.

²³⁸⁵ *Ibid.*

²³⁸⁶ C. Com. Art. L. 620-1 : « *Cette procédure 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* ».

²³⁸⁷ C. Com. Art. L. 631-1, al. 2 : « *La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».

dans la faillite de la société ? La suppression du droit d'opposition pourrait mettre en échec le sauvetage de la société en difficulté, ne paraît donc pas aberrante. Il est notable que la neutralisation du droit d'opposition des créanciers constituerait une avancée supplémentaire vers la reconnaissance de l'abandon de la conception du capital en tant que gage des créanciers. En outre, donner aux obligataires un droit de participer aux décisions touchant à leurs titres, revient à leur reconnaître une obligation de contribuer aux pertes, liée à leur qualité future d'associé. L'arrêt précité leur reconnaît en effet les mêmes droits que ceux accordés aux actionnaires²³⁸⁸.

Dès lors que les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital bénéficient des mêmes droits que les associés, on peut s'interroger sur une application du principe de participation de l'associé à leur égard, dans la mesure où ils vont alors disposer d'un droit sur les restructurations essentielles à la survie de l'entreprise. Un texte pourrait alors être adopté afin de les contraindre à adopter cette réduction du capital social. Il peut en effet paraître étonnant de contraindre les associés à subir des restructurations nécessaires au sauvetage de l'entreprise et dans le même temps de permettre aux obligataires, assimilés à des associés, d'y faire échec.

Les porteurs d'obligations disposent d'un droit de veto pouvant perturber le sauvetage de l'entreprise et faire échec à la souveraineté des associés. Le refus des obligataires pourra entraîner la nullité de la décision de l'assemblée générale extraordinaire et par voie de conséquence, la résolution du plan dont le coup d'accordéon constituait une condition résolutoire. Par voie de conséquence, « *il faut désormais compter avec eux, en attendant la mise en place d'un véritable droit des sociétés en difficulté* »²³⁸⁹.

La souveraineté de l'assemblée et le droit de veto des obligataires sur le coup d'accordéon constituent des obstacles à la réalisation d'une opération sociétaire déterminante pour le sauvetage de l'entreprise. Il est donc proposé de le supprimer afin d'être en accord avec la hiérarchie des objectifs du droit des procédures collectives et avec le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

837. Lorsque l'entreprise est en difficulté, les juges ont précisé que les minoritaires ne peuvent s'opposer à un coup d'accordéon, déterminant pour la survie de l'entreprise, sans commettre un abus de minorité. La prise en compte de l'intérêt social dans cette situation suppose l'existence d'un principe impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise.

²³⁸⁸ Note LUCAS (F.-X.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810.

²³⁸⁹ Note ROUSSEL GALLE (P.), sous Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *BJE*, 1 sept. 2012, n°05, p. 278.

838. Conclusion Section I. Par voie de conséquence, l'extension du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise pourrait ainsi être opérée grâce à l'avènement d'un coup d'accordéon décidé par un associé contraint, sur le même « *format* » que le dispositif d'augmentation du capital forcée. À noter également que, pour que le dispositif puisse être pleinement efficace, il faudra prévoir une mesure neutralisant le droit de veto des obligataires sur cette opération.

SECTION II

La décision du coup d'accordéon imposée aux associés minoritaires

839. Outre l'intérêt financier de cette opération, la technique du coup d'accordéon pourra également ouvrir la voie à l'entrée d'un tiers dans le capital²³⁹⁰. Un coup d'accordéon, avec comme première étape la réduction du capital à zéro permettra « *une annulation des actions et l'apport d'argent nouveau par l'actionnariat historique ou par l'intervention de nouveaux investisseurs* »²³⁹¹. Comme a pu l'écrire le professeur Guyon : « *Une opération d'assainissement aussi drastique que la réduction à zéro du capital social est forcément douloureuse pour les actionnaires* »²³⁹². Le coup d'accordéon aura pour but d'évincer les associés ou actionnaires qui ne participent plus au financement de la société. Cette action peut porter atteinte aux associés ou actionnaires minoritaires, qui risquent d'être évincés de la société par une décision de la majorité.

840. Pour autant, l'action fondée sur l'abus de majorité ne sera pas recevable en ce qu'elle suppose, en général, un vote de l'assemblée contraire à l'intérêt social²³⁹³. Or la décision d'opérer un « *coup d'accordéon* » s'inscrit dans la voie du sauvetage de la société et va donc dans le sens de l'intérêt de la personne morale²³⁹⁴. La solution sera toutefois différente si les associés minoritaires n'ont pas été informés de la situation économique de la société²³⁹⁵ (§I). L'opération a évidemment suscité de nombreux recours d'associés minoritaires évincés par une réduction de capital à zéro. Finalement, il semble que ces associés aient trouvé la parade par

²³⁹⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°943, p. 639.

²³⁹¹ MERCIER (J.-L.), KOPF (F.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, p. 47.

²³⁹² D. 1991, p 133, note GUYON (Y.) : cité par DAIGRE (J.-J.), « La réduction du capital à zéro, qui entraîne une annulation des titres, sous conditions suspensives d'une augmentation subséquente, est conforme à la loi », *BJS*, 1 juill. 1994, n°7-8, p. 816

²³⁹³ La Cour de cassation a encore rappelé que la réduction du capital aux fins d'évincer les actionnaires minoritaires d'une société afin de permettre à l'actionnaire majoritaire de prendre le contrôle de cette dernière n'était valide que si l'intérêt social était en jeu. V. Cass. Com., 11 janv. 2017, n°14-27.052.

²³⁹⁴ Cass. Com., 7 juill. 2016, n°14-24.913, *BJS*, 31 déc. 2016, n°12, p. 721 ; CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 16 déc. 2004, *Jablonski c/ Sté OGDI*, note LE CANNU (P.).

²³⁹⁵ Les informations reçues par les minoritaires doivent être suffisamment claires et précises ou qu'ils aient eu la possibilité de se les procurer par voie d'injonction. Dans le cas contraire les associés pourront refuser de consentir au « coup d'accordéon ». Pour un exemple jurisprudentiel : Cass. Com., 20 mars 2007, n°05-19.225, arrêt n°525 FS-P+B, *Sté Hexagone hospitalisation Ile-de-France c/ Sté La Roseraie clinique Hôpital et Sté Gruppo Villa Maria SPA*, D. 2007. AJ. 952, obs. LIENHARD (A.).

l'adoption d'une clause anti-dilution insérée dans un pacte d'actionnaires. Néanmoins, cette protection pourra être contournée si l'entreprise est en procédure collective (§II).

§I - Une jurisprudence peu favorable aux associés minoritaires victimes d'un coup d'accordéon

841. La validité de la réduction du capital à zéro a longtemps été débattue en doctrine. Elle a été affirmée par l'arrêt Usinor de la Cour de cassation du 17 mai 1994²³⁹⁶. La légitimité de cette technique, attentatoire à de nombreux droits de l'associé, comme celui de demeurer dans la société, semble reposer sur l'intérêt social. La Cour de cassation a d'abord posé une condition à l'utilisation d'une réduction du capital à zéro, celle du maintien du droit préférentiel de souscription, permettant de relativiser l'éviction des associés minoritaires, lesquels pouvaient demeurer dans la société en cas de nouvel apport (A).

842. Pourtant, un autre arrêt du 18 juin 2002, dit arrêt l'Amy, a autorisé une réduction du capital à zéro sans droit préférentiel de souscription, validant l'éviction des associés. En l'espèce, la société en difficulté était soumise à une procédure de règlement amiable, ce qui permet de supposer que la portée de cet arrêt s'étend aux sociétés en procédure collective. Ainsi, l'associé peut se voir imposer des restructurations nécessaires au sauvetage de l'entreprise en difficulté, alors même que ces opérations peuvent entraîner son éviction (B).

²³⁹⁶ T. com. Nanterre, 30 mai 1989, RD banc., 1990, p. 132, note JEANTIN (M.), VIANDIER (A.) ; *JCP éd E.*, 1990, II, 15784, n°9, VIANDIER (A.), CAUSSAIN (J.-J.) ; Confirmé par CA. Versailles, 29 nov. 1990, *D.*, 1991, p. 133, note GUYON (Y.), *JCP éd. E.*, 1991, II, 168, JEANTIN (M.), Bull. Joly 1991, §88, p. 286 ; Sur le pourvoi : Cass. Com., 17 mai 1994, n°91-21.364, *Bourgeois et autres c/ Sté Usinor*, Usinor, Bull. Civ. 1994, IV, n°183 ; *BJS*, juill. 1994, p. 816, n°219, note DAIGRE (J.-J.) ; *RTD Com.*, 1 juill. 2017, 3, p. 649-650, note MOURY (J.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 1485, note DANA-DEMARET (S.) ; *Dr. Sociétés*, 1992, comm. n°142, obs. LE NABASQUE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 17 nov. 1994, p. 747, note CHARTIER (Y.) ; *RTD Com.*, 1996, p. 73, obs. PETIT (B.), REINHARD (Y.) ; *RJDA* 1994, p. 740, n°934 ; *Deffrénois*, 1994, p. 1035, art. 35881, note HOVASSE (H.) ; Cass. Com., 10 janv. 1995, n°92-20.214, *Rev. Sociétés*, 1995, p. 70, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1995, jur., p. 203, note COURET (A.). Confirmé par : Cass. Com., 25 janv. 2005, n°02-18.269, *RJDA*, 2005, n°573 ; *Dr. Sociétés*, 1994, n°142, LE NABASQUE (H.) ; *RTD Com.*, 1996, p. 73, obs. PETIT (B.), REINHARD (Y.).

A) Première étape : le coup d'accordéon conditionné au maintien du droit préférentiel de souscription

843. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté peut se manifester par l'adoption d'un coup d'accordéon. L'assemblée demeure souveraine sur l'adoption de cette restructuration. Il est notable que, si l'assemblée autorise l'opération, les minoritaires ne pourront invoquer l'abus de minorité pour éviter leur éviction de la société au profit d'un tiers. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise ne peut être entravée par les minoritaires exclus à condition que ceux-ci exercent leur droit préférentiel de souscription, selon l'arrêt « *Usinor* » de la Cour de cassation du 17 mai 1994.

844. **L'intérêt du coup d'accordéon pour une reprise interne.** Le « *coup d'accordéon* » peut être utilisé afin de favoriser une reprise interne. Par hypothèse, les actionnaires présents ne veulent ou ne peuvent plus contribuer au financement de l'entreprise et l'apport d'argent externe sera alors nécessaire si l'autofinancement est insuffisant ou si l'endettement est trop important²³⁹⁷. La réduction du capital social, préalable à l'entrée d'un tiers *providentia*²³⁹⁸, permettra au nouveau souscripteur de ne pas contribuer aux pertes dont il n'est pas responsable²³⁹⁹. De surcroît, elle pourra également garantir la prise de contrôle de la société. Le coup d'accordéon pénalise les anciens associés en réduisant leur participation et permet à de nouveaux associés de prendre le contrôle de la société²⁴⁰⁰. Cette prise de contrôle sera facilitée si les anciens associés décident en assemblée de renoncer à leur droit préférentiel de souscription. Ainsi, le coup d'accordéon avec réduction du capital à zéro peut produire les effets d'une cession d'entreprise²⁴⁰¹. Bien sûr, rien n'interdit aux anciens associés de faire un nouvel effort financier à hauteur de celui du repreneur, afin de conserver la maîtrise de leur société, cela d'autant plus facilement s'ils disposent encore de leur droit préférentiel de souscription.

Enfin, la réduction du capital social à zéro emportera l'annulation de toutes les parts ou actions composant le capital social. Ainsi, tous les associés sont évincés de la société, sauf à contribuer à l'augmentation de capital devant finaliser l'opération. Le droit des entreprises en difficulté

²³⁹⁷ GINGLINGER (E.), *Le financement des entreprises par les marchés de capitaux*, coll. finance, PUF, 1991, p. 13.

²³⁹⁸ MARQUET (J.-Y.), BRIQUET (J.-M.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004 n°148, p.43.

²³⁹⁹ DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires – Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n°100.

²⁴⁰⁰ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°272.

²⁴⁰¹ *Ibid.*

favorise ainsi la possibilité d'évincer des associés réfractaires ou incapables de subvenir aux besoins financiers de la société.

845. L'arrêt Usinor. Pourtant, le coup d'accordéon avec réduction du capital à zéro a été admis, dans le contexte d'une entreprise en difficulté, par la majorité de la doctrine²⁴⁰² et par la jurisprudence depuis un arrêt de la Cour de cassation dit *Usinor* du 17 mai 1994²⁴⁰³. Le doute sur l'utilisation de cette technique était justifié, dans la mesure où cette variation du capital va à l'encontre du principe de fixité du capital, qui sert de gage pour les créanciers²⁴⁰⁴, mais également au droit des associés de rester dans la société²⁴⁰⁵.

L'arrêt *Usinor* de la chambre commerciale du 17 mai 1994²⁴⁰⁶ a permis de reconnaître l'utilisation du coup d'accordéon dans le contexte d'une entreprise en difficulté.

En l'espèce, dans le contexte d'une de la sidérurgie française, la société Usinor a subi d'importantes pertes²⁴⁰⁷. L'assemblée générale extraordinaire décida alors d'assainir les capitaux, par une réduction du capital à zéro, puis de rehausser le capital grâce à une augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription pour les anciens actionnaires²⁴⁰⁸. Le capital social étant réduit à néant, les actionnaires sont contraints de faire

²⁴⁰² LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté : liquidation de la société », In ROUSSEL-GALLE (P.), *Entreprise en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, Droit 360°/Entreprises en difficulté, LexisNexis, 2012, p. 105, n°241 ; 2012 ; VIANDIER (A.), « L'intérêt social cède-t-il devant la raison d'État ? », *Bull. Joby*, 1991, §85, p. 277.

²⁴⁰³ T. com. Nanterre, 30 mai 1989, RD banc. 1990, p. 132, JEANTIN (M.), VIANDIER (A.) ; *JCP éd. E.*, 1990, II, 15784, n°9, VIANDIER (A.), CAUSSAIN (J.-J.) ; Confirmé par CA. Versailles, 29 nov. 1990, *D.*, 1991, p. 133, note GUYON (Y.), *JCP éd. E.*, 1991, II, 168, JEANTIN (M.) ; *Bull. Joby*, 1991, §88, p. 286 ; Sur le pourvoi en cassation : Cass. Com., 17 mai 1994, n°91-21.364, *Bourgeois et autres c/ Sté Usinor*, Usinor : Bull. Civ. 1994, IV, n°183 ; *BJS*, juill. 1994, p. 816, n°219, note DAIGRE (J.-J.) ; RTD Com., 1 juill. 2017, 3, p. 649-650, note MOURY (J.) ; *Rev. Sociétés* 1994, p. 1485, note DANA-DEMARET (S.) ; *Dr. Sociétés* 1992, comm. N°142, obs. LE NABASQUE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 17 nov. 1994, p. 747, note CHARTIER (Y.) ; RTD Com., 1996, p. 73, obs. PETIT (B.) et REINHARD (Y.) ; *RJDA*, 1994, p. 740, n°934 ; *Deffrénois*, 1994, p. 1035, art. 35881, note HOVASSE (H.) ; Cass. Com., 10 janv. 1995, n°92-20.214, *Rev. Sociétés*, 1995, p. 70, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1995, jur., p. 203, note COURET (A.).

Confirmé par : Cass. Com., 25 janv. 2005, n°02-18.269, *RJDA*, 2005, n°573 ; *Dr. Sociétés*, 1994, n°142, LE NABASQUE (H.) ; RTD Com., 1996, p. 73, obs. PETIT (B.), REINHARD (Y.).

²⁴⁰⁴ Bien que ce principe ait en grande partie remise en cause par notre droit positif. Cf. *Supra*. n°125.

²⁴⁰⁵ Le droit de demeurer dans la société n'est pas pour autant absolu, la loi prévoit d'ailleurs plusieurs exceptions. V. Sur les différentes causes légales d'exclusion : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, nos°548 et s., p. 231.

²⁴⁰⁶ Cass. Com., 17 mai 1994, n°91-21364, *Bourgeois et autres c/ Sté Usinor*, Usinor : Bull. Civ. 1994, IV, n°183 ; *BJS*, juill. 1994, p. 816, n°219, note DAIGRE (J.-J.) ; RTD Com., 1 juill. 2017, 3, p. 649-650, note MOURY (J.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 1485, note DANA-DEMARET (S.) ; *Dr. Sociétés*, 1992, comm. N°142, obs. LE NABASQUE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 17 nov. 1994, p. 747, note CHARTIER (Y.) ; RTD Com., 1996, p. 73, obs. PETIT (B.), REINHARD (Y.) ; *RJDA*, 1994, p. 740, n°934 ; *Deffrénois*, 1994, p. 1035, art. 35881, note HOVASSE (H.) ; Cass. Com., 10 janv. 1995, n°92-20.214, *Rev. Sociétés*, 1995, p. 70, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1995, jur., p. 203, note COURET (A.).

²⁴⁰⁷ Les pertes s'élevaient à 22 milliards pour un capital de 4,7 milliards. V. GUYON (Y.), « La réduction de capital à zéro ne lèse pas les actionnaires. La convention entre la société et l'État administrateur non approuvée par l'assemblée n'est pas nulle », *D.* 1991, p. 133.

²⁴⁰⁸ Le droit préférentiel de souscription fut introduit dans notre droit par le décret-loi du 8 août 1935. Avant ce texte, les associés ne bénéficiaient d'aucun droit légal de souscription d'action nouvelles. La seule option était de le prévoir par une disposition statutaire. Sur l'évolution du droit préférentiel de souscription. V. CHABERT (Y.),

un nouvel apport très onéreux pour rester dans la société. Deux questions principales ont été soulevées²⁴⁰⁹ : Les actionnaires n'ont-ils pas été exclus de la société ? Ne se trouvait t-on pas en présence d'une augmentation de l'engagement des associés ?

846. Sur l'exclusion des actionnaires. La Cour de cassation écarte tout d'abord l'exclusion des minoritaires, en faisant valoir que leurs actions n'avaient plus aucune valeur et que la seule prérogative qu'elle octroyait à l'associé, était le droit préférentiel de souscription. L'associé n'est donc pas exclu dans la mesure où il pouvait selon sa volonté faire jouer ou non le droit préférentiel de souscription. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un refus de l'associé de faire jouer son droit préférentiel de souscription, que celui-ci est évincé de la société, mais cette éviction relève donc de sa seule décision²⁴¹⁰. En conséquence, si l'opération ne porte pas atteinte au droit de l'actionnaire de demeurer associé²⁴¹¹, c'est parce que celui-ci a un droit préférentiel de souscription²⁴¹².

847. Sur l'augmentation des engagements des actionnaires. Les minoritaires soulèvent la question d'une augmentation de leurs engagements résultant de l'obligation de contribuer à l'augmentation de capital pour demeurer associé. Le droit des sociétés prohibe strictement toute augmentation des engagements des associés²⁴¹³. En l'espèce, les actionnaires devaient consentir de nouveaux apports pour demeurer dans la société, ce qui selon eux, entraînait *de facto* un accroissement de leurs obligations financières. La cour d'appel de Versailles donne une première réponse à notre sens peu satisfaisante. Elle considère en effet que la réduction du capital aurait fait disparaître les droits des actionnaires, lesquels ne pouvaient donc plus revendiquer une diminution de leurs droits, ceux-ci étant réduits à néant. Ce raisonnement repose sur l'ancienne assimilation de l'augmentation des engagements à la diminution des

« L'encadrement excessif des opérations d'augmentation de capital », in COURET (A.) (Dir.), LE NABASQUE (H.) (Dir.), *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, p. 45.

²⁴⁰⁹ V. sur cet arrêt : Cass. Com., 17 mai 1994, n°91-21364, *Bourgeois et autres c/ Sté Usinor*, Usinor, *Bull. Civ.*, 1994, IV, n°183 ; *BJS*, juill. 1994, p. 816, n°219, note DAIGRE (J.-J.) ; *RTD Com.*, 1 juill. 2017, 3, p. 649-650, note MOURY (J.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 1485, note DANA-DEMARET (S.) ; *Dr. Sociétés*, 1992, comm. N°142, obs. LE NABASQUE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 17 nov. 1994, p. 747, note CHARTIER (Y.) ; *RTD Com.*, 1996, p. 73, obs. PETIT (B.), REINHARD (Y.) ; *RJDA*, 1994, p. 740, n°934 ; *Deffrénois*, 1994, p. 1035, art. 35881, note HOVASSE (H.) ; Cass. Com., 10 janv. 1995, n°92-20.214, *Rev. Sociétés*, 1995, p. 70, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1995, jur., p. 203, note COURET (A.).

²⁴¹⁰ GUYON (Y.), « La réduction de capital à zéro ne lèse pas les actionnaires. La convention entre la société et l'État administrateur non approuvée par l'assemblée n'est pas nulle », *D.*, 1991, p. 133.

²⁴¹¹ Sur ce droit de demeurer dans la société. Cf. *Supra*. n°369.

²⁴¹² V. en ce sens : VIANDIER (A.). « L'intérêt social cède-t-il devant la raison d'état ? », *BJS*, 1991, p. 277, §85, n°10.

²⁴¹³ C. Civ. Art. 1836, alinéa 2.

droits. Désormais la jurisprudence ne fait plus cette assimilation²⁴¹⁴. Ce motif n'est donc pas fondé.

Cependant, la Cour ajoute que la perte de l'action est le fait des difficultés de la société, lesquelles font partie des aléas acceptés par les porteurs de capital. Selon le professeur Guyon, la perte de leurs titres ne serait que la matérialisation de « *l'aléa le plus défavorable inhérent à l'opération spéculative qu'est l'acquisition d'actions* »²⁴¹⁵. D'une certaine façon, la Cour semble justifier sa décision par l'obligation de contribuer aux pertes des associés, selon l'article 1832 du Code civil.

848. Les conditions de l'admissibilité d'un coup d'accordéon. On peut affirmer depuis cet arrêt que la réduction du capital avec annulation totale des titres est donc admise lorsque la société est en difficulté. Selon la Cour de cassation, dans l'arrêt Usinor : « *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* ». Elle se justifie par des motivations économiques, mais elle s'impose aussi sur le plan juridique, légitimée tant par l'intérêt social que par l'intérêt commun des associés²⁴¹⁶. Sous la réserve d'une condition suspensive d'augmentation de capital suivant immédiatement la réduction, et de la recherche de l'intérêt social. En l'espèce, la situation financière justifiait l'opération de coup d'accordéon, c'est donc bien pour préserver l'intérêt social que cette technique avait été mise en œuvre²⁴¹⁷, et non dans le but d'évincer les associés.

La question peut se poser de la survie d'une société sans associés. La réduction du capital à zéro entraînant l'éviction temporaire de la totalité des associés, l'absence d'associés et de capital est-elle compatible avec la notion de société ? Madame Dana-Demaret donne deux éléments de réponse à cette question²⁴¹⁸. Tout d'abord, l'anéantissement du capital démontre la prééminence de la thèse de l'institutionnalisation des sociétés sur celle du contrat de société, qui ne saurait consacrer un contrat sans contractant. Ensuite, la survie de la personne morale se justifie par un anéantissement du capital sur un instant théorique, cette réduction demeurant

²⁴¹⁴ Cass. Civ. 1^{re}., 22 juin 1982, *D.*, 1983. 87, note GOURLAY (G.).

²⁴¹⁵ GUYON (Y.), « La réduction de capital à zéro ne lèse pas les actionnaires. La convention entre la société et l'État administrateur non approuvée par l'assemblée n'est pas nulle », *D.*, 1991, p. 133.

²⁴¹⁶ V. COHEN (D.), « La validité du « coup d'accordéon », *D.*, 2003, p. 410.

²⁴¹⁷ Toute opération servant à rationaliser la situation financière d'une société, peut difficilement être contestée sur le critère de l'intérêt social. La technique du coup d'accordéon permet d'une part l'apurement du passif, et d'autre part l'augmentation de capital qui va permettre de reconstituer l'actif par l'entrée d'un tiers. V. MAUBRU (B.), « La perte du capital des sociétés à risque limité », *Deffrénois*, 1983, art 33142, p. 1185.

²⁴¹⁸ V. Note DANA-DEMARET, sous Cass. Com., 17 mai 1994, n°91-21.364, *Rev. Sociétés*, 1994, p. 1485. Rejet du pourvoi contre CA Versailles 13^e ch., 29 nov. 1990, *Bourgeois, Abdelnour et autres c/ SA Usinor et autres*, *Rev. Sociétés*, 1994, p. 485.

soumise à une augmentation de capital. Ainsi, la personne morale va retrouver un fonctionnement normal en retrouvant un nouvel actionnariat, consécutivement à la deuxième opération d'augmentation du capital.

849. La question restait de savoir si le droit préférentiel de souscription faisait partie des conditions d'admissibilité du coup d'accordéon.

B) Seconde étape : l'admission d'un coup accordéon avec suppression du droit préférentiel de souscription

850. La technique du coup d'accordéon a été admise lorsque l'entreprise est en difficulté dans l'arrêt Usinor du 17 mai 1994. Il subsistait cependant un doute sur le maintien obligatoire du droit préférentiel de souscription en tant que condition d'utilisation de cette technique. Finalement l'arrêt L'Amy du 18 juin 2002 précise que le maintien du droit préférentiel de souscription n'est pas nécessaire. L'associé peut donc être évincé de la société si l'intérêt social ou le sauvetage de l'entreprise le commande, sans qu'il y ait lieu à d'autres conditions.

851. L'arrêt L'Amy. L'arrêt de la chambre commerciale du 18 juin 2002²⁴¹⁹, dit arrêt *L'Amy*, vient compléter l'arrêt Usinor intervenu huit ans plus tôt. À la suite de difficultés importantes, la société L'Amy SA décide dans le cadre d'une procédure de règlement amiable de sa restructuration et de sa reprise par une société anglaise²⁴²⁰. La différence avec l'affaire Usinor est que l'augmentation de capital qui suivait la réduction s'est faite avec suppression du droit préférentiel de souscription. Cette augmentation de capital réservée avait pour objectif de favoriser la reprise de la société L'Amy par la société de droit anglais (Kitty Little group : KLG). Par la suite, l'association de défense des actionnaires minoritaires et les actionnaires lésés avaient avancé que les résolutions prises par l'assemblée générale extraordinaire avaient violé un certain nombre de dispositions.

²⁴¹⁹ Sur le jugement de première instance : V. T. com. Lons le Saunier, 7 juill. 1995, inédit, RTD Com., 1996, p. 75, note PETIT (B.) ; T. Com. Lons-le-Saunier, 7 juill. 1995, *Dr. Sociétés*, déc. 1995, §252, note VIDAL (D.). Sur l'arrêt de la cour d'appel : V. CA Besançon (ch. Com.), 2 déc. 1998, *Association ADAM et autres c/ SA L'Amy*, *Rev. Sociétés*, 1999, p. 362, note LE BARS (B.) ; *Bull. Joly*, 1999, p. 943 ; FAUCHON (A.), « La validité de « l'opération accordéon » encore renforcée », *BJS*, 1 oct. 1999, n°10, p. 943 ; Sur l'arrêt de la cour de cassation : V. Cass. Com., 18 juin 2002, n°99-11.999, n°1211 FS P, *ADAM et autres c/ SA L'Amy*, *BJS*, 1 nov. 2002, n°11, p. 1221, note SYLVESTRE (S.) ; *JCP éd. E*, 2002, 1556, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2001, n°20, obs. BONNEAU (T.).

²⁴²⁰ Sur le contexte de l'affaire : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 32^{ème} éd., 2019, n°1321, p. 535.

852. Sur la violation de l'égalité des actionnaires. Tout d'abord, le droit des sociétés impose que la réduction respecte l'égalité des actionnaires²⁴²¹. Les actionnaires majoritaires voulaient sortir tandis que les minoritaires voulaient demeurer dans la société. Selon les plaignants, les majoritaires leur ont imposé une sortie du capital. Cependant, selon la Cour de cassation, cet argument n'était pas recevable, dans la mesure où les juges ont affirmé que « *les actionnaires majoritaires ont subi le même sort que les autres, (ils) ont été évincés de la société dans les mêmes conditions* ». On peut donc dire qu'une telle opération ne porte pas atteinte à l'égalité des actionnaires dans la mesure où cette opération les concerne tous. Il n'y a donc pas, selon la jurisprudence, de violation de l'égalité des actionnaires²⁴²².

853. Sur la violation de l'intérêt commun des associés. Ensuite, la suppression du droit préférentiel de souscription aurait violé l'intérêt commun des associés²⁴²³. Les décisions sociales doivent veiller à un traitement égalitaire des associés. Cette finalité découle de l'existence même d'une société : le partage des bénéfices ou la contribution aux pertes²⁴²⁴. Pourtant, certains actionnaires ne sont-ils pas plus touchés que d'autres ? En raison de la perte de leurs actions, certains actionnaires ne perdent-ils pas plus que d'autres²⁴²⁵ ? Les majoritaires auraient privé certains associés de leur droit de participer au profit social²⁴²⁶ et de demeurer dans cette société²⁴²⁷. Selon la Cour, l'intérêt commun a été respecté dès lors que les règles de forme imposées par la loi en matière de réduction de capital ont été respectées. De plus, les juges ajoutent, pour démontrer l'absence de violation de l'intérêt commun, que « *l'opération litigieuse, manifestement effectuée afin d'assurer la pérennité de l'entreprise, qui, sans cela, aurait été proche du dépôt de bilan, a ainsi privilégié l'intérêt social, mais nullement nui à celui des actionnaires, fussent-ils minoritaires, qui, d'une façon ou d'une autre (réalisation de l'opération ou dépôt de bilan) auraient été en situation quasiment identique* »²⁴²⁸. De surcroît, on peut rajouter que l'intérêt commun ne se limite

²⁴²¹ C. Com. Art. L. 225-204. V. Également : COURET (A.), « La réduction du capital », in COURET (A.) (Dir.), LE NABASQUE (H.) (Dir.), *Quel avenir pour le capital ?*, Dalloz, 2004, p. 87.

²⁴²² Le commissaire aux comptes avait d'ailleurs précisé dans son rapport spécial qu'il n'y avait aucune rupture du principe de l'égalité des actionnaires : FAUCHON (A.), « La validité de « l'opération-accordéon » encore renforcée », *BJS*, 1 oct. 1999, n°10, p. 943.

²⁴²³ Selon l'article L. 1833 du Code civil : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ».

²⁴²⁴ C. Civ. Art. 1832.

²⁴²⁵ En ce sens : LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002, n°212, p. 185.

²⁴²⁶ LE BARS (B.), « Apport de la jurisprudence relative au coup d'accordéon à certains principes du droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 362.

²⁴²⁷ Tout associé a un droit de demeurer dans la société : STORCK (J.-P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, p. 242.

²⁴²⁸ CA Besançon (ch. Com.), 2 déc. 1998, *Association ADAM et autres c/ SA L'Amy*, *Rev. Sociétés*, 1999, p. 362, note LE BARS (B.).

pas à la participation aux bénéfiques, mais comporte également à la contribution aux pertes. Ainsi, la perte de leurs titres par les actionnaires n'est qu'une conséquence, certes fâcheuse, de l'aléa social. L'intérêt commun, tel que défini à l'article 1833 du Code civil n'instaure un équilibre que dans les droits tirés du pacte social. La perte des droits extérieurs au contrat de société ne peut constituer un déséquilibre sanctionné par la violation de l'article 1833 du Code civil²⁴²⁹.

854. Sur une expropriation illicite. Enfin, les minoritaires soumettent à la Cour, la violation de leur droit de propriété, soit une violation de l'article 545 du Code civil²⁴³⁰ et de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les associés minoritaires ne contestent cette fois pas l'exclusion, ils estiment que celle-ci aurait simplement dû être faite par un retrait obligatoire²⁴³¹. Celle-ci n'est pas applicable, car pour mettre en place cette mesure il faut que l'actionnaire détienne au minimum 95% des droits de vote d'une société²⁴³². De surcroît, cette expropriation est justifiée selon la Cour par leur obligation de contribuer aux pertes²⁴³³. De façon générale, toute réduction du capital est une conséquence de l'obligation de contribuer aux pertes²⁴³⁴. Cette argumentation, bien que partiellement juste, ne justifie pas totalement l'atteinte faite aux associés. Le droit de propriété reste un droit fondamental à valeur constitutionnelle²⁴³⁵. L'atteinte qui y est faite est motivée non pas par l'intérêt général mais par l'intérêt social²⁴³⁶. Le droit de propriété est donc malmené²⁴³⁷, voire « désacralisé »²⁴³⁸. La seule justification à cette atteinte se trouve donc dans la sauvegarde de la « *la pérennité de l'entreprise* ». Néanmoins, pour que cet argument soit valable, il faut que l'opération constitue une alternative à la dissolution. Dans le cas contraire, lorsque par exemple la société possède d'autres biens importants dont la valeur réelle n'est pas comptabilisée au bilan, les associés seront victimes

²⁴²⁹ FAUCHON (A.), « Quand l'accordéoniste joue faux... », *Bull. Joly*, 1998, §109, p. 303.

²⁴³⁰ C. Civ. Art. 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

²⁴³¹ Sur le retrait obligatoire ou squeeze out dans les sociétés cotées : V. Note VIANDIER (A.), *RJDA*, 1994/10, p. 783.

²⁴³² Loi n°96-597, 2 juillet 1996 art. 33.

²⁴³³ Sur la contribution aux pertes comme motif : V. également : Cass. Com., 18 juin 2002, n°99-11.999, n°1211 FS P, *ADAM et autres c/ SA L'Amy*, *BJS*, 1 nov. 2002, n°11, p. 1221, note SYLVESTRE (S.) ; *JCP éd. E* 2002, 1556, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2001, n°20, obs. BONNEAU (T.) ; Cass. Com., 10 oct. 2000, n°98-10.236, *Demenois c/ SA SEDEC*, *Bull. Joly*, 2001, p. 181, note SCHOLER (P.) ; *JCP éd. E* 2001, p. 85, note VIANDIER (A.).

²⁴³⁴ À propos de l'arrêt L'Amy : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°1396, p. 539.

²⁴³⁵ V. également l'article L. 544 du Code civil.

²⁴³⁶ COHEN (D.), « La validité du « coup d'accordéon », *D.*, 2003, p. 410.

²⁴³⁷ Le maintien du droit préférentiel de souscription aurait été plus respectueux du droit de propriété des associés.

²⁴³⁸ Sur la désacralisation du droit de propriété de l'actionnaire : LE NABASQUE (H.), « Les devoirs de l'actionnaires », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, 6 juin 2016, p. 6.

d'une expropriation illicite. Ces derniers pourraient alors utiliser l'article 1 du protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit au respect des biens transposable à des titres de capital de société²⁴³⁹.

855. L'éviction de l'actionnaire motivée par la contribution aux pertes. Dans son dernier alinéa, l'article 1832 du Code civil énonce que « *les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». Normalement, cette idée s'exprime au moment de la dissolution de la société. L'associé prend le risque de perdre son apport pour résorber les pertes de l'entreprise sociétaire. Cette contribution peut prendre plusieurs formes, notamment lorsqu'elle oblige les associés à reconstituer les capitaux propres s'ils ne veulent pas dissoudre la société. La réduction « *sanctionne l'obligation des actionnaires de contribuer aux pertes dans la limite de leurs apports* »²⁴⁴⁰. D'une certaine façon les associés sont contraints de faire un nouvel apport pour pouvoir demeurer dans la société, car en l'absence d'un capital assaini, la société sera dissoute. L'hypothèse est la même lors d'une réduction de capital à zéro accompagnée d'une augmentation de capital pour revenir au minimum légal²⁴⁴¹. Les associés sont contraints de « *payer pour rester* »²⁴⁴².

L'intérêt de cet arrêt l'Amy du 18 juin 2002 réside dans le fait que les hauts magistrats ont dû se prononcer sur les limites du droit de l'actionnaire à demeurer dans la société lorsque l'entreprise est en difficulté. Les actionnaires doivent faire des sacrifices pour assurer la survie de la société. La perte des titres n'est qu'une juste compensation aux pertes de la société, et ce n'est que par un nouvel effort qu'ils pourront demeurer dans le capital. Leur volonté demeure souveraine et ils sont libres de refuser d'effectuer un nouvel apport, ce qui permet de justifier l'absence d'abus de majorité. S'ils ne défèrent pas à leur contrainte de participer au sauvetage de l'entreprise, ils seront dilués par l'entrée du nouveau souscripteur. Comme le résume monsieur Sylvestre : « *L'actionnaire est considéré moins comme 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 de la société* »²⁴⁴³. Leur maintien dans la société dépend donc de leur faculté financière à subvenir aux besoins de leur société.

²⁴³⁹ CEDH, 25 juill. 2002, n°48553/99, *Sovtransavto holding c/ Ukraine* : JCP éd. G 2003, I, 109, Chron. N°10, note SUDRE (F.) ; CEDH, 7 nov. 2002, n°30417/96, *Olczak c/ Pologne* : RJ com. 2004, p. 419.

²⁴⁴⁰ Cass. Com., 18 juin 2002, n°99-11.999, n°1211 FS P, *ADAM et autres c/ SA L'Amy*, BJS, 1 nov. 2002, n°11, p. 1221, note SYLVESTRE (S.) ; JCP éd. E, 2002, 1556, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2001, n°20, obs. BONNEAU (T.).

²⁴⁴¹ Sur la contribution aux pertes d'une opération de coup d'accordéon : V. SYLVESTRE-TOUVIN (S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. 2002 Paris-I, PUAM, préface de LE CANNU (P.), nos° 141 et s.

²⁴⁴² DONDERO (B.), LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°1233, p. 849 et s.

²⁴⁴³ SYLVESTRE (S.), « *Un coup d'accordéon peut être effectué avec suppression du droit préférentiel de souscription* », BJS, nov. 2002, p. 1221, n°11.

856. L'éviction de l'actionnaire motivée par l'intérêt social. L'objectif du coup d'accordéon n'est pas d'évincer les actionnaires, mais d'éviter à la société la liquidation judiciaire²⁴⁴⁴. C'est pourquoi cette opération doit être motivée par l'intérêt social²⁴⁴⁵, si l'on considère, comme une majorité de la doctrine²⁴⁴⁶, que l'intérêt social est l'intérêt de la personne morale²⁴⁴⁷. Selon Sylvestre-Touvin : « *Aucune des opérations constituant le coup d'accordéon n'est susceptible d'être déclarée non conforme à l'intérêt de la société* »²⁴⁴⁸. La réduction du capital va permettre d'apurer les pertes, tandis que l'augmentation du capital va apporter de nouveaux fonds. Mais ces objectifs servent-ils d'autres intérêts ?

Peut-être devrait-on parler de « *l'intérêt de l'entreprise* »²⁴⁴⁹ lorsque celle-ci est en procédure collective. Une partie de la doctrine considère que l'intérêt de la société se confond avec celui de l'entreprise²⁴⁵⁰. Cette conception d'intérêt social ou d'intérêt de l'entreprise suppose un intérêt de la personne morale distinct et supérieur à celui des actionnaires, des salariés, des créanciers et des fournisseurs, lesquels convergent vers une entreprise prospère²⁴⁵¹. La nouvelle rédaction de l'article 1833, al. 2 du Code civil²⁴⁵² semble d'ailleurs conforter cette idée²⁴⁵³. Tous les intervenants de la vie économique qui participent à la vie de l'entreprise trouvent un intérêt à son rétablissement. La recapitalisation offrira à la société une chance de se redresser et ainsi de sauvegarder l'emploi de ses salariés et d'honorer ses engagements auprès des créanciers. Les

²⁴⁴⁴ Dans le cas contraire, si l'opération n'est pas motivée par l'intérêt social mais pour évincer les associés. Celle-ci sera jugée frauduleuse et sera annulée. V. CA. Aix-en-Provence, 8^e ch. A, 13 févr. 2014, n°12-23.561, *BJS*, 1 mai 2014, n°05, p. 325, note BRIGNON (B.).

²⁴⁴⁵ Sur la justification de cette technique sur l'intérêt social plutôt que sur les capitaux propres : V. Cass. Com., 15 juin 2010, n°09-10.961, *Sté Maaldriift BV c/ M. X, LPA*, 31 janv. 2011, n°21, note MARTRON (H.).

²⁴⁴⁶ Plusieurs auteurs considèrent que la création de la personne morale est la matérialisation même de l'intérêt collectif. V. Sur l'intérêt propre de la société qui transcende l'intérêt des associés : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°643, p. 268 ; MICHOU (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, L.G.D.J., 3^{ème} éd. 1932, n°53. Sur l'intérêt social comme motif de la licéité du coup d'accordéon : FAUCHON (A.), « Quand l'accordéoniste joue faux... », *Bull. Joly*, 1998, §109, p. 303 ; VIANDIER (A.), « L'intérêt social cède-t-il devant la raison d'État ? », *Bull. Joly*, 1991, §85, p. 277.

²⁴⁴⁷ Sur la conception institutionnelle : « *En fin de compte, il s'agit de l'intérêt propre de la société en tant que personne morale, en tant que communauté dans laquelle associés et dirigeants ne sauraient agir en négligeant l'intérêt commun et supérieur qui les domine* » : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°643, p. 268.

²⁴⁴⁸ SYLVESTRE-TOUVIN (S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th., PUAM, préface de LE CANNU (P.), 2003, n°382, p. 275.

²⁴⁴⁹ Cette thèse est défendue par l'école dite de Rennes pour exprimer la notion d'intérêt social. V. PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP éd. E*, 1995, I, 488.

²⁴⁵⁰ PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Sirey 1967 ; DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., 1957 ; CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey 1961.

²⁴⁵¹ SYLVESTRE-TOUVIN (S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. PUAM, préface de LE CANNU (P.), 2003, n°382, p. 275.

²⁴⁵² C. Civ. Art. 1833, al. 2 : « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

²⁴⁵³ Cf. *Supra*. n°463.

actionnaires y verraient une issue plus favorable que la liquidation judiciaire qui entraînerait la dissolution ou la cession de leur société, ainsi que les pertes définitives de leurs apports. Chaque intervenant de la vie sociale trouve donc un intérêt à l'opération du coup d'accordéon²⁴⁵⁴. Cette notion renvoie une meilleure image des perspectives et des finalités du droit des entreprises en difficulté, elle englobe des intérêts au-delà du simple périmètre de la personne morale. Elle prend en compte la réalité économique, humaine et financière. La liberté des associés et des dirigeants est donc limitée par le respect « *du pacte social, de l'ordre public et des engagements contractés vis à vis des tiers* »²⁴⁵⁵.

Toute opération bénéfique pour le sauvetage d'une société en difficulté est conforme à l'intérêt social²⁴⁵⁶. La survie de la société rend légitime l'opération du coup d'accordéon. Ce critère de « *pérennité de l'entreprise* » suffit donc à établir la conformité de l'opération à l'intérêt social. Ce critère remplace le précédent, de « *survie de la société* », plus restrictif. Cela démontre également une « *interférence* » entre le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté. Toute action permettant d'assurer la pérennité de l'entreprise sera licite, même si pour cela l'intérêt des associés doit être atteint. La question centrale du droit des entreprises en difficulté est à situer dans la résolution de ce grand conflit d'intérêts²⁴⁵⁷. L'utilisation de cette technique à des fins frauduleuses n'est pas à exclure. C'est notamment le cas lorsque la justification de cette technique par l'intérêt social ne paraît pas suffisamment satisfaite au regard de la rupture d'égalité qu'elle entraîne entre les associés²⁴⁵⁸. Cela peut également être le cas lorsque l'opération n'a été conçue que pour la prise de contrôle de la société, alors même que la survie de la société n'était pas menacée. Dans un tel cas, l'éviction des actionnaires minoritaires n'était aucunement justifiée par l'intérêt social²⁴⁵⁹.

²⁴⁵⁴ SYLVESTRE-TOUVIN (S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. PUAM, préface de LE CANNU (P.), 2003, n°382, p. 275.

²⁴⁵⁵ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°643, p. 268.

²⁴⁵⁶ V. en ce sens. LUCAS (F.-X.), « Coup d'accordéon et abus de majorité, révocation du directeur général et du respect du principe de la contradiction », RD com., 1 juill. 2006, n°3, p. 798.

²⁴⁵⁷ PIRONAVO (A.), « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, Chron, p. 189

²⁴⁵⁸ Dans un arrêt de la chambre commerciale de 2006, les associés avaient utilisé la technique du coup d'accordéon non pas uniquement pour recapitaliser la société, mais également pour permettre aux sociétés d'échapper à leurs engagements de promesse de vente de leurs titres envers M. Le Gal. V. Cass. Com., 28 février 2006, n°04-17.566, *Sté Steve ingénierie c/ Le Gal*, RD com., 1 juill. 2006, n°3, p. 798, LUCAS (F.-X.) ; HOVASSE (H.), note sous Cass. Com., 28 févr. 2006, *Dr. Sociétés*, 2006, comm. 75.

²⁴⁵⁹ La qualification de fraude peut toutefois être remise en cause dans ce cas-là. Il s'agit plutôt d'une violation des conditions prétoriennes d'admissibilité d'un coup d'accordéon comme l'explique l'auteur. Note SYLVESTRE (S.), sous Cass. Com., 11 janv. 2017, n°14-27052, *Sté Clinique de la Ciotat, F-D*, *BJS*, 1 juin 2017, n°06, p. 379 ; V. également : CA Aix-en-Provence, 8^e ch. A, 13 févr. 2014, n°12-23561, note BRIGNON (B.), *BJS*, 1 mai 2014, n°05, p. 325.

857. La suppression du droit préférentiel de souscription lors d'un coup d'accordéon. Dans le contexte de l'affaire Usinor, il semblait difficile d'admettre que la technique du coup d'accordéon aurait pu être utilisée sans un maintien des droits préférentiels de souscription²⁴⁶⁰. Pourtant, il semble désormais établi que le droit préférentiel de souscription n'est pas intangible²⁴⁶¹. Les actionnaires peuvent y renoncer lors d'un vote en assemblée générale. Si la suppression de ce droit est soumise à la décision de l'assemblée générale dans un but d'intérêt social, l'actionnaire sera obligé de voter la suppression de son droit, sous peine d'encourir l'une des actions fondées sur un abus de minorité ou de majorité. D'une certaine façon les actionnaires sont « piégés par leur titre »²⁴⁶². Soit ils votent contre la suppression de leur droit préférentiel de souscription, et ils risquent l'abus de minorité, soit ils votent favorablement et risquent d'être évincés ou dilués. La chambre commerciale de la Cour de cassation apporte par cet arrêt Usinor une précision majeure sur le régime du coup d'accordéon et la suppression du droit préférentiel de souscription. En effet, le maintien du droit préférentiel de souscription pour les anciens actionnaires n'est pas une condition de validité de l'opération. De plus, la Cour de cassation précise que la suppression de ce droit ne porte pas atteinte aux actionnaires, si d'une part les titres n'ont plus aucune valeur, et que d'autre part, l'opération est faite de façon égalitaire pour tous les actionnaires. Cette suppression du droit préférentiel de souscription ne doit intervenir que de façon exceptionnelle, lorsque l'opération est indispensable à la survie de la société. Par exemple, lorsqu'un tiers subordonne son entrée à l'exécution du coup d'accordéon, destinée à écarter la majorité en présence. Cette opération sera lourde de conséquences, c'est pourquoi les associés ou actionnaires doivent en avoir été bien informés²⁴⁶³.

²⁴⁶⁰ Bien que le professeur DAIGRE l'avait déjà déduit lors de l'affaire Usinor : « À s'en tenir à l'attendu qu'elle consacre au problème de la réduction à zéro du capital et aux conditions qu'elle met à la validité de celle-ci (...), il ne semble pas qu'elle impose, au surplus, l'octroi d'un droit préférentiel de souscription aux actionnaires » (DAIGRE (J.-J.), « La réduction du capital à zéro, qui entraîne une annulation des titres, sous condition suspensive d'une augmentation subséquente, est conforme à la loi », *BJE*, 1 juill. 1994, n°7-8, p. 816). Pourtant cette jurisprudence avait été reprise par d'autres arrêts de cour d'appel. Ceux-ci considéraient que le maintien du droit préférentiel de souscription étant le seul garant contre une action revendiquant l'exclusion abusive des actionnaires. V. CA Paris, 14 février 1997, *Dr. Sociétés*, 1997, comm. N°110, obs. BONNEAU (T.) ; CA Nancy, 1^{er} octobre 1997, *BJS*, 1 avr. 1998, n°4, p. 303, § 109, note FAUCHON (A.) ; V. également l'arrêt CA. Versailles 20 mai 1999, 12^e ch., 2^e sect., *RTD Com.*, 2000, p. 962, note CHAZAL (J.-P.).

²⁴⁶¹ Sur l'absence d'intangibilité du droit préférentiel de souscription : V. COURET (A.), *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, th. Toulouse 1978.

²⁴⁶² LE BARS (B.), « Apport de la jurisprudence relative au coup d'accordéon à certains principes du droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 362.

²⁴⁶³ L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 juin 2016 donne plusieurs informations sur les formalités préalables entourant un « coup d'accordéon ». Dans cet arrêt, plusieurs minoritaires tentent de faire annuler une opération de « coup d'accordéon » pour abus de majorité, sur le fondement d'un défaut d'information des associés sur la situation financière de la société. Ils estimaient que le rapport du président n'était pas conforme aux articles L. 225-129 et R. 225-113 du Code de commerce qui dispose que le président doit établir et joindre un rapport à la convocation d'assemblée appelée à se prononcer sur une modification du capital social. Ce rapport

858. L'associé peut donc être sacrifié pour favoriser le sauvetage de l'entreprise. Cette participation imposée aux associés minoritaires démontre une subordination des intérêts privés de ces derniers au profit de la majorité lorsque celle-ci souhaite assurer le rétablissement de l'entreprise.

§II - La neutralisation d'une clause anti-dilution en procédure collective

859. La réduction du capital à zéro va être l'outil permettant de réduire la participation, voire d'évincer certains actionnaires, et préparer l'arrivée d'un nouvel associé. Pour faire obstacle à de telles pratiques, les associés peuvent insérer dans un pacte d'actionnaires une clause anti-dilution. Ce procédé, récemment admis par la cour d'appel de Paris²⁴⁶⁴, permet de mettre en échec les effets d'un coup d'accordéon avec suppression du droit préférentiel de souscription. Lors d'une procédure collective, l'efficacité de cette convention pourra être remise en cause par le débiteur, ou l'administrateur lorsqu'il en a été nommé un, afin de garantir l'éviction des associés et de permettre le sauvetage de l'entreprise.

860. **L'efficacité d'une clause de non-dilution dans un pacte d'actionnaires en présence d'un coup d'accordéon.** De nos jours, les statuts de société sont fréquemment complétés par des accords externes, dont les pactes d'actionnaires²⁴⁶⁵. Lorsque ces pactes d'actionnaires contiennent une clause anti-dilution, les actionnaires qui en bénéficient ont le droit de souscrire préférentiellement à l'augmentation de capital. L'hypothèse de la suppression de ce droit par l'assemblée générale peut donc constituer une violation du pacte d'actionnaires. En raison de cette violation, les actionnaires pourront percevoir une indemnisation fondée sur la perte de leurs apports. C'est en effet ce qu'a jugé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 mars 2014²⁴⁶⁶.

devant indiquer « toutes indications utiles sur les motifs de l'augmentation du capital proposée ainsi que sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours (...) ». La Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant que les précisions mentionnées dans le rapport étaient suffisamment claires et précises. Pour voir les modalités d'un rapport de président : V. Cass. Com., 7 juin 2016, n°14-24.913, *Gaz. Pal.*, n°38, p. 76, note MOULIN (J.-M.).

²⁴⁶⁴ CA Paris, P. 5, ch. 9, 27 mars 2014, 13/06816, *L. c/ SARL MC holdings*, *Rev. Sociétés*, 2015, p. 31, note SYLVESTRE (S.) ; *BJS.*, oct. 2014, p. 382, note PORACCHIA (D.) ; MORTIER (R.), « Quand l'accordéoniste perturbe le concert de volontés », *Dr. Sociétés*, août-septembre 2014, n°121.

²⁴⁶⁵ V. MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, p. 133. Sur les pactes d'actionnaires et le droit des entreprises en difficulté. V. SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

²⁴⁶⁶ CA Paris, 27 mars 2014, n°13-06816, *L. c/ SARL MC holdings*, *Rev. Sociétés*, 2015, p. 31, note SYLVESTRE (S.) ; PORACCHIA (D.), « Coup d'accordéon et pacte extrastatutaire », *Bull. Joly.*, oct. 2014, p. 382 ; MORTIER (R.), « Quand l'accordéoniste perturbe le concert de volontés », *Dr. Sociétés*, août-septembre 2014, n°121.

Ces pactes d'actionnaires permettent ainsi de protéger les associés contre les opérations sur le capital, même si celles-ci sont décidées dans l'intérêt social. Néanmoins, un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 11 juin 2015 a réputé non écrite une convention de vote qui ne prenait pas en compte l'intérêt social²⁴⁶⁷.

Les associés signataires ne doivent donc pas obligatoirement être animés par la protection de l'intérêt social concernant les dispositions qu'ils prennent dans ce pacte, sauf si ces dispositions prévoient expressément une interdiction de voter contre l'intérêt social. Le respect de l'intérêt social doit donc être expressément prévu par le pacte d'associé. À défaut, les accords du pacte doivent être respectés, même si la poursuite de l'activité peut être menacée.

861. Sur la violation du pacte d'actionnaires. En l'espèce, dans cet arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 mars 2014, une clause anti-dilution obligeait l'actionnaire majoritaire à maintenir le pourcentage de capital détenu par l'actionnaire minoritaire, même si le droit préférentiel de souscription était supprimé. Afin d'écarter cette clause du pacte, les associés majoritaires mentionnaient le fait que le pacte n'était applicable qu'aux associés. Or, au moment de l'augmentation de capital, les actionnaires minoritaires n'étaient plus associés puisqu'ils avaient perdu leurs apports en raison de la réduction du capital à zéro. La clause était donc caduque, dès lors que la société ne comportait plus aucun associé.

Un tel raisonnement revenait à négliger le caractère indivisible du coup d'accordéon²⁴⁶⁸. La décision de réduire le capital à zéro ne peut en effet être prise que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital corrélative. Les actionnaires minoritaires bénéficiaient donc du pacte et du droit de souscrire préférentiellement à l'augmentation de capital postérieurement à la réalisation de la première phase du coup d'accordéon²⁴⁶⁹.

Cet arrêt confirme la résistance de ces clauses anti-dilution au coup d'accordéon. Pourtant l'utilisation d'une telle clause du pacte aurait pu se discuter au regard de l'intérêt social poursuivi par l'opération du coup accordéon²⁴⁷⁰. De plus, les associés majoritaires auraient pu évoquer l'intérêt supérieur de l'entreprise, ainsi que le propose monsieur Sylvestre²⁴⁷¹. Même si, selon

²⁴⁶⁷ CA Lyon, 11 juin 2015, n°14-02.049.

²⁴⁶⁸ SYLVESTRE-TOUVIN (S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. PUAM, préface de LE CANNU (P.), 2003, nos°82 et s.

²⁴⁶⁹ Selon l'auteur, ils étaient même encore actionnaires jusqu'à la complète réalisation de l'augmentation de capital. Note SYLVESTRE (S.), sous CA Paris, 27 mars 2014, n°13-06.816, *L. c/ SARL MC holdings*, *Rev. Sociétés*, 2015, p. 31.

²⁴⁷⁰ L'opération de coup d'accordéon est par nature conforme à l'intérêt social. SYLVESTRE-TOUVIN (S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. PUAM, préface de LE CANNU (P.), 2003, nos°381 et s.

²⁴⁷¹ SYLVESTRE (S.), « De l'efficacité d'une clause de non-dilution en présence d'un coup d'accordéon », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 31.

lui, l'argument serait faible car cette clause anti-dilution ne met pas en danger systématiquement l'augmentation de capital. En pratique, certains repreneurs posent néanmoins comme condition la prise de contrôle de la société. Dans l'hypothèse où les majoritaires ont voté le maintien du droit préférentiel de souscription, l'opération de reprise interne serait mise en échec.

862. Sur l'indemnisation des minoritaires. Si l'assemblée votait le coup d'accordéon et la suppression du droit préférentiel de souscription au mépris de la clause anti-dilution prévue au pacte d'actionnaires, les associés réfractaires pourraient prétendre à une indemnisation au titre du préjudice subi et de la violation du pacte. L'indemnisation serait non pas due par l'entreprise mais par les signataires du pacte. L'associé devrait être indemnisé de la perte de tout ou partie ses titres.

Dans l'arrêt du 27 mars 2014, les responsables de cette faute sont les associés majoritaires qui ont violé le pacte d'actionnaires et la clause anti-dilution. La difficulté pour les juges a été de chiffrer le montant de ce préjudice, qui correspondrait selon eux au montant des apports des associés minoritaires dont les droits ont été violés²⁴⁷².

Monsieur Sylvestre pose plusieurs questions sur les apports visés par les juges²⁴⁷³. Faut-il rendre en compte les apports en compte courant ? Les valeurs mobilières ? Autant de questions qui demeurent irrésolues, cela même si, *a priori*, seuls les apports en capital devraient être indemnisés. L'auteur démontre que c'est la réduction du capital à zéro qui constitue une faute contractuelle et non l'augmentation de capital. Le seul fait de réduire le capital ne constitue pas une violation de la clause anti-dilution. C'est seulement l'opération d'augmentation de capital excluant certains associés qui caractérise la faute. Les majoritaires pourraient donc avancer que l'indemnisation du montant des apports n'est pas en lien avec la faute qu'ils ont commise. Afin de simplifier la question, les associés pourraient, lors de la rédaction du pacte, prévoir que la violation de la clause anti-dilution entraînerait pour son auteur une indemnisation équivalente au montant des apports de l'associé lésé²⁴⁷⁴. Par voie de conséquence, le pacte d'actionnaires

²⁴⁷² Sur la contestation du montant du préjudice : « La société CII sollicite le paiement de la somme de 800.000 € à titre de dommages et intérêts. Elle fait valoir que le tribunal de commerce a mal évalué son préjudice qui comprend le montant des apports en capital qu'elle a effectués et qui s'élèvent à 345.008 € et non à 100.451 € comme l'ont relevé les premiers juges et la perte de chance de participer au développement de la société qui a eu de bons résultats d'exploitation après l'opération litigieuse, la liquidation judiciaire n'étant intervenue que plus tard pour des raisons peu claires ». La cour constate que la société CII ne produit aucune pièce qui établirait qu'elle aurait apporté plus de 100.451 €. Elle a donc rejeté cette demande.

²⁴⁷³ SYLVESTRE (S.), « De l'efficacité d'une clause non-dilution en présence d'un coup d'accordéon », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 31.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

pourra dissuader d'éventuels majoritaires dans leur volonté de réaliser un coup d'accordéon pour favoriser l'entrée d'un tiers.

863. Pacte d'actionnaires et contrat en cours. Si l'application en droit des sociétés des pactes d'actionnaires comme moyen de défense opposé à une réduction du capital zéro est incontestable, il en va peut-être différemment en droit des entreprises en difficulté.

De nos jours, les personnes morales font souvent partie du pacte d'actionnaires. Selon le professeur Schiller : « *Les parties espèrent ainsi accroître son efficacité en obligeant la personne morale à assumer le rôle de gardienne du pacte* »²⁴⁷⁵. La question est de savoir si le pacte d'actionnaires pouvait être qualifié de contrat en cours. Autrement dit, les pactes d'actionnaires sont-ils soumis à l'article L. 622-13 du Code de commerce régissant la continuation des contrats en cours au cours de la période d'observation ?

Le contrat en cours peut être défini comme « *un contrat en cours d'existence pour lequel des prestations peuvent encore être mises à la charge du cocontractant du débiteur en sauvegarde ou en redressement judiciaire ; il ne doit pas être définitivement exécuté avant l'ouverture de la procédure* »²⁴⁷⁶. La question se pose lorsque, dans le cadre d'un pacte d'actionnaires auquel la société serait partie, le débiteur perçoit une prestation de cette personne morale. Dans un tel cas, c'est le contrat en cours qui devrait être retenu car le pacte régit les relations des actionnaires avec la société, alors partie au contrat. Cette modalité permet au pacte d'« *accroître son efficacité* », la société assumant le « *rôle de gardienne du pacte* »²⁴⁷⁷. Ainsi, le pacte d'actionnaires, auquel la personne morale est partie, est un contrat en cours d'exécution lors de l'ouverture d'une procédure collective.

Selon l'article L. 622-13 du Code de commerce, le débiteur, ou l'administrateur lorsqu'il en a été nommé un, peut appliquer le régime des contrats en cours prévu par l'article L. 622-13 du Code de commerce. Ainsi, pendant la période d'observation²⁴⁷⁸ d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le débiteur ou l'administrateur peut décider de la continuation ou de la résiliation d'un contrat en cours, selon les termes du IV de l'article L. 622-13 du Code de commerce²⁴⁷⁹.

²⁴⁷⁵ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

²⁴⁷⁶ MONSERIE-BON (M.-H.), *Entreprise en difficulté : période d'observation*, Rép. Dr. Com., Dalloz, oct. 2020, n°125.

²⁴⁷⁷ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

²⁴⁷⁸ C. Com. Art. L. 622-13.

²⁴⁷⁹ C. Com. Art. L. 622-13, III : « *Le contrat en cours est résilié de plein droit :*

1° Après mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer ;

2° À défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. En ce cas, le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation ».

Selon un arrêt de la Cour de cassation du 19 février 2013²⁴⁸⁰, un « *contrat d'apport [...] constitue un contrat en cours dont l'administrateur peut exiger la continuation ou la résiliation* ». Selon le professeur Schiller, il est possible d'appliquer la même solution au pacte d'actionnaires et ainsi d'admettre la qualification de contrat en cours, si la société signataire est soumise à une procédure collective²⁴⁸¹. L'efficacité du pacte d'actionnaires dépendra donc de la volonté du débiteur, voire de la volonté de l'administrateur de poursuivre le pacte d'associés. Dans le cas contraire, le pacte sera « *résilié de plein droit* »²⁴⁸². Selon le IV de l'article L. 622-13 du Code de commerce : « *À la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ». La résiliation devra ainsi être justifiée par la situation du débiteur, le maintien du contrat en cours pouvant être préjudiciable à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise²⁴⁸³. Ceci pourrait permettre de contourner le blocage des associés minoritaires résultant d'une clause anti-dilution, à condition que l'atteinte aux intérêts du cocontractant ne soit pas excessive.

864. Conclusion Section II. La jurisprudence prévoit ainsi de sanctionner les associés réfractaires à un coup d'accordéon essentiel à la bonne marche de l'entreprise, sur le motif de l'abus du droit de vote, lequel devra être justifié par la défense de l'intérêt social. La situation de l'entreprise justifie la contrainte faite aux associés d'accepter la restructuration du capital social par la voie d'un coup d'accordéon.

²⁴⁸⁰ Cass. Com., 19 févr. 2013, n°12-23.146, D., 2013. 1600, note BUCHBERGER (M.) ; *Rev. Sociétés*, 2013, 629, note PARLEANI (G.).

²⁴⁸¹ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

²⁴⁸² C. Com. Art. L. 622-13, IV : pour la procédure de résiliation du contrat.

²⁴⁸³ MONSERIE-BON (M.-H.), *Entreprise en difficulté : période d'observation*, Rép. D. Com., Dalloz, oct. 2020, n°150.

Conclusion du chapitre II

865. Les récentes réforme du droit des procédures collectives ont mis l'associé à contribution, l'obligeant même dans certains cas à accepter une reprise interne. Parmi ces mesures, un dispositif d'augmentation du capital forcé permet de contraindre les associés à voter en faveur de l'entrée d'un tiers. On peut alors regretter que le législateur n'ait pas prévu, sur le même modèle que l'augmentation du capital forcée, une mesure permettant de contraindre l'adoption par les associés d'un coup d'accordéon.

866. Le coup d'accordéon est une opération prévue par le droit des entreprises en difficulté, figurant notamment à l'article L. 626-3 du Code de commerce. La validité de cette opération n'est donc pas en question, au contraire de la réduction du capital social, qui peut être un préalable imposé à une reconstitution des capitaux propres après apurement des pertes pour faire entrer un tiers. À cette question, une réponse négative doit être apportée, l'article précisant que l'associé peut, et non doit, procéder à un coup d'accordéon lors d'une reconstitution des capitaux propres.

On peut regretter que l'article L. 631-19-2, 1^o du Code de commerce, prévoyant le dispositif d'augmentation du capital forcé, n'ait pas intégré le coup d'accordéon. Le doute était permis dans la mesure où l'article mentionne les termes de « *modification de capital* ». Cependant, on a conclu que ces termes faisaient référence à l'augmentation du capital. Afin de poursuivre l'instauration d'un principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, on peut préconiser d'étendre cette mesure au coup d'accordéon. Il sera de même nécessaire de neutraliser le droit de veto des obligataires ayant vocation à intégrer le capital.

La mesure viendrait consacrer une jurisprudence constante qui tend à faire participer l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Les juges ont progressivement fait lever toutes les résistances à la réalisation d'un coup d'accordéon avec réduction préalable du capital à zéro. Cette opération souvent nécessaire au sauvetage de l'entreprise et favorisant l'entrée d'un tiers investisseur peut déjà être imposée aux associés minoritaires, sans qu'ils puissent y faire obstacle sous peine de se voir opposer un abus de majorité, ou une clause limitant les incidences de ce type d'opération. L'associé ne pourra ainsi faire échec à une restructuration déterminante à la relance de l'activité, même si celle-ci a pour conséquence de l'évincer de la société.

Conclusion du titre I

867. Plusieurs lacunes persistent concernant le champ d'application du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Ce principe encore hésitant, mériterait d'être affirmé en étant étendu. À cette fin, on pourrait promouvoir l'interdiction faite à l'associé créancier de demander le remboursement de son compte courant et le forcer à adopter un coup d'accordéon, facilitant une reprise interne.

868. D'abord, l'associé créancier bénéficie, grâce à sa qualité de créancier, d'une place avantageuse en droit des entreprises en difficulté. En effet, protégé par le principe d'indépendance de la qualité d'associé et de celle de créancier, il se trouve exempté de toute participation à l'effort commun. Le maintien de cette position, considérant l'apporteur en compte courant dans sa seule qualité de créancier, contribue dans une certaine mesure à faire échec au principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. Pour y remédier, il est proposé de se fonder sur sa qualité d'associé, afin de lui imposer plusieurs contraintes. Cette solution s'appuie sur la qualité du titulaire de la créance. C'est en effet grâce à sa qualité d'associé qu'il a pu consentir une avance en compte courant. Cette solution serait cohérente avec certains aspects importants de notre droit des affaires. Le législateur a certes choisi cette voie afin d'inciter l'associé créancier à faire de nouveaux apports, si nécessaires à l'entreprise en difficulté. Cependant, rien ne justifie le fait que l'associé puisse demander le remboursement de son compte courant à tout moment et condamner l'entreprise et les parties prenantes. Cette situation, contraire au principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, devrait être modifiée.

869. Dans le prolongement des dernières réformes du droit des entreprises en difficulté, et afin de neutraliser le pouvoir de nuisance de l'associé sur une reprise interne, une mesure de coup d'accordéon forcée est à préconiser. Il a été démontré que la validité de cette technique sociétaire en droit des entreprises en difficulté était acquise. On a également pu démontrer, dans le cadre de l'article L. 626-3 du Code de commerce, s'agissant de la reconstitution des capitaux propres, que le coup d'accordéon demeurait soumis à la volonté des associés, qui n'y trouvaient que peu d'intérêts. De plus, le coup d'accordéon ne semble pas prévu par l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce, lequel se borne à imposer la seule augmentation du capital. Une disposition contraignant l'associé à voter le coup d'accordéon

pourrait s'appuyer sur les conditions d'application de l'augmentation du capital forcée. Tout au plus, suffirait-il d'ouvrir cet article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce au coup d'accordéon, plutôt que de limiter ses effets à la seule augmentation du capital. Cette mesure viendrait consacrer la jurisprudence en la matière, laquelle a toujours fait primer l'intérêt de l'entreprise sur celui de l'associé.

870. La suppression du droit de l'associé créancier de demander le remboursement de son avance en compte courant lorsque la société est en procédure collective et l'instauration d'une mesure de coup d'accordéon forcée, permettraient de consacrer pleinement le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

TITRE II

Les limites à l'extension de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise

871. Les fonds issus de l'activité de l'entreprise jouent un rôle important dans le traitement des difficultés de la personne morale. Cependant, en présence d'un besoin urgent, l'entreprise n'a d'autre choix que de recourir à des investisseurs externes. Pour sauver la société, l'assemblée peut prendre la décision d'augmenter les fonds propres par une augmentation de capital²⁴⁸⁴ ou de recourir à de nouveaux concours²⁴⁸⁵.

872. De nature et de régime différents, l'arbitrage entre ces deux sources de financement sera difficile, dès lors que l'augmentation de capital et l'emprunt présentent autant d'avantages que d'inconvénients pour la société²⁴⁸⁶. Néanmoins, le renforcement des fonds propres semble devoir être l'option à privilégier²⁴⁸⁷, dans la mesure où les bailleurs de fonds n'accorderont leur concours que sur la base de fonds propres importants²⁴⁸⁸.

873. Le financement par la voie du compte courant demeure toutefois intéressant pour la société en difficulté et pour l'associé. Surnommée « *la formule magique du financement des PME* »²⁴⁸⁹, l'avantage financier de cette pratique tient au fait que les taux pratiqués par les

²⁴⁸⁴ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat Dr. Privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, nos^o941 et s., p. 638 et s. ; Sur le renflouement des entreprises en difficulté par une augmentation de capital : HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, th., L.G.D.J., préface de DIDIER (P.), 1981, p. 133.

²⁴⁸⁵ Notamment par le biais de son compte courant. La société pourrait également contracter des emprunts obligataires.

²⁴⁸⁶ L'augmentation de capital et l'emprunt diffèrent quant à leurs répercussions sur la trésorerie. L'apport ne pourra être restitué aux apporteurs qu'à la dissolution de la société, alors que l'emprunt peut être amorti progressivement. Sur la rémunération, l'emprunt est rémunéré par un intérêt fixe, déjà établi, tandis que la rémunération de l'apport dépend du profit de la société : V. thèse JANTON (H.), *Étude financière et juridique sur l'augmentation de capital dans les sociétés anonymes*, th. Paris, 1931, n^o10, p. 34.

²⁴⁸⁷ Depuis les années soixante-dix, de multiples facteurs, comme les crises économiques ou financière ont rendu le financement par l'emprunt plus difficile, tandis que l'internationalisation des marchés de capitaux ou la concurrence des entreprises étrangères ont permis de valoriser l'accès aux ressources en capitaux. V. en ce sens : CHABERT (P.-Y.), « L'encadrement excessif des opérations d'augmentation de capital », in COURET (A.)(Dir.), LE NABASQUE (H.)(Dir.), *Quel avenir pour le capital social?*, Dalloz, 2004 p. 45.

²⁴⁸⁸ HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, th., L.G.D.J., préface de DIDIER (P.), 1981, n^o171, p. 136.

²⁴⁸⁹ DANET (D.), « Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », RTD Com., 1993, p. 55.

associés sont en général inférieurs aux taux bancaires²⁴⁹⁰. La société en difficulté peut ainsi bénéficier de la souplesse de ce mode de financement par l'associé, généralement moins onéreux et moins difficile à obtenir. Outre le financement direct, le solde du compte courant pourra également servir de gage au banquier et contribuer à l'accès à de nouveaux concours²⁴⁹¹. Afin de garantir l'efficacité de ces avances, les investisseurs pourront négocier le gel du solde du compte courant de l'associé. Ainsi, même si la société s'endette vis-à-vis de l'associé²⁴⁹², les avances de fonds en compte courant permettront de relancer l'activité par une augmentation de la trésorerie²⁴⁹³.

L'avance en compte courant présente également de nombreux avantages pour les associés. Les comptes d'associés sont régis par le droit commun des obligations et donc soumis au principe de la liberté contractuelle. C'est en effet cette liberté qui contribue au succès de ce mode de financement²⁴⁹⁴. Outre sa souplesse, cette technique pourra être intéressante fiscalement²⁴⁹⁵. D'un point de vue financier²⁴⁹⁶, l'avance permettra à l'associé de devenir créancier de la société et de bénéficier des intérêts de son prêt. En procédure collective, le seul inconvénient est celui de l'arrêt du cours des intérêts de l'article L. 622-28 du Code de commerce²⁴⁹⁷, même s'il est fait une exception pour les comptes courants dont le remboursement est prévu au-delà d'un

²⁴⁹⁰ En ce sens : CERATI-GAUTIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, n°74 et s., p. 71 et s.

Notons que les prêts consentis par les associés par un apport en compte courant constituent une exception au principe du monopole bancaire : HOVASSE (H.), « Comptes courants d'associés et monopole des banques », *JCP éd. E*, 2010, 1284 ; Sur l'avantage de ne pas recourir à une banque : PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°982, p. 426 ; DI MARTINO (M.), « Fonds propres et quasi-fonds propres ou concept de surface financière élargie », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, Novembre 2015, prat 3.

²⁴⁹¹ GIBIRILA (D.), *Comptes courants d'associés*, *Juris. Cl.*, Fasc. 1099, 30 juill. 2019, n°2 ; Sur l'utilisation du compte d'associé comme moyen d'obtention et de garantie des crédits bancaires : URBAIN-PERLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, th., L.G.D.J., préface de GAVALDA (C.), 1986, p. 333.

²⁴⁹² Sur les besoins en fonds de roulement de l'entreprise en difficulté : DI MARTINO (M.), « Le besoin en fonds de roulement », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, Juillet 2016, prat. 2.

²⁴⁹³ MARQUET (J.-Y.), BRIQUET (J.-M.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004 n°148, p. 43.

²⁴⁹⁴ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°592, p. 249.

²⁴⁹⁵ Les intérêts versés par la société sont déductibles. À la condition que le capital soit entièrement libéré et que le taux de déductibilité des intérêts soit plafonné et corresponde à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour les prêts à taux variables aux entreprises d'une durée supérieure à deux ans ; MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°401, p. 165 ; SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, coll. précis Dalloz, Dalloz, 18^{ème} éd. 2019-2020, n°512, p. 423.

²⁴⁹⁶ GIBIRILA (D.), *Comptes courants d'associés*, *Juris. Cl.*, Fasc. 1099, 5 juill. 2019, n°2.

²⁴⁹⁷ À noter que le compte courant qui ne précise ni les modalités de remboursement, ni la durée pendant laquelle les fonds sont accordés, ne peut être qualifié de prêt d'une durée supérieure ou égale à un an. Qu'ainsi, ne faisant pas exception à l'article L. 622-28 du Code de commerce : Cass. Com., 23 avr. 2013, n°12-14.283, PB, *BJE*, 1juill. 2013, n°4, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP N.*, 20 sept. 2013, n°38, p. 39, note PERRUCHOT-TRIBOULET (V.).

an²⁴⁹⁸. De plus, il assure aux associés créanciers une meilleure chance de gains et le remboursement de leurs avances, par rapport à un apport en capital. Il permet également à certains apporteurs de bénéficier d'un rang privilégié pour le remboursement de leur créance, à condition que l'avance soit consentie après l'ouverture du jugement, dans le respect des décisions des organes judiciaires, et qu'elle réponde aux besoins de la procédure ou de la période d'observation²⁴⁹⁹. Une avance conséquente permettra *de facto* à son auteur d'acquiescer une certaine autorité dans la société. En effet, malgré le principe de répartition des pouvoirs sur le fondement de l'apport en capital, le financement par compte d'associé permet de disposer d'un « *contrôle occulte sur la vie sociale* »²⁵⁰⁰.

Le compte courant présente ainsi plusieurs intérêts à la fois pour la société et pour l'associé. Il contribue efficacement au refinancement de la société par sa souplesse et sa rapidité de mise en œuvre²⁵⁰¹. Toutes ces raisons expliquent que les repreneurs d'entreprise en difficulté utilisent fréquemment ce mode de financement²⁵⁰². Il conviendra également que ce nouvel engagement constitue une possibilité sérieuse pour la sauvegarde de l'entreprise²⁵⁰³.

874. Le droit des entreprises en difficulté encourage ainsi les associés créanciers à participer au sauvetage de l'entreprise, en leur réservant un sort relativement avantageux. S'agissant des avances en compte courant, c'est la liberté qui prévaut pour l'associé. Celui-ci ne peut être contraint à participer au sauvetage de l'entreprise par de nouvelles avances, sauf s'il avait déjà donné son consentement²⁵⁰⁴. Le droit des procédures collectives tient également à conserver la souplesse de l'avance en compte courant, afin d'inciter les associés à participer au financement de l'entreprise en difficulté. Il prévoit également des privilèges, dit de « *new money* » en procédure de conciliation et de « *post money* » en procédure de sauvegarde et de redressement

²⁴⁹⁸ Sauf dans le cas où la convention de compte courant ne précise ni la durée de disposition ni les modalités du remboursement. Alors le compte courant ne sera pas considéré comme ayant la qualité d'un prêt à plus d'un an : V. en ce sens : Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-14.283, n° 445, F-P+B, *Sté Doneco Ferretite Celtite et a. c/ Sté d'Explosifs et de produits chimiques* : JurisData n° 2013-007891, *BJE*, 1 juill. 2013, n° 4, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP N.*, 20 sept. 2013, n° 38, p. 39, note PERRUCHOT-TRIBOULET (V.) ; Rejet, CA Rouen, ch. civ. et com., 8 déc. 2011 ; V. également : VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n° 1, Janvier 2011, étude 4.

²⁴⁹⁹ V. en ce sens : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., Domat droit privé, 12^{ème} éd. 2020, nos° 680 et s., p. 443 et s.

²⁵⁰⁰ V. obs. : Cass. Com., 3^e ch. 12 nov. 1991, *Sté Acanthe c/ Fille Kerniel*, RTD Com., 1992, p. 820, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

²⁵⁰¹ Sous réserve d'utilisation à des fins frauduleuses comme repousser la date de la cessation des paiements. V. en ce sens : SORTAIS (J.-P.), note sous Cass. Com., 17 mai 2011, n° 10-30.425, *BJE*, 1 septembre 2011 n° 4, p. 273.

²⁵⁰² GIBIRILA (D.), *Comptes courants d'associés*, Juris. Cl., Fasc. 1099, 5 juill. 2019, n° 14.

²⁵⁰³ Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-10.865, F-P+B, arrêt n° 291, *SCI Saint-Spire Urbain c/ Evazim* : JurisData n° 2014-005240 ; LEDEN, n° 5, mai 2014, comm. 70, obs. PARACHKEVOVA (I.).

²⁵⁰⁴ On pense par exemple à une clause d'appel de fonds insérée dans les statuts.

judiciaire, aux fins d'inciter les associés à faire un effort supplémentaire avec pour but le sauvetage de l'entreprise.

Le législateur autorise également la compensation de la créance en compte courant avec la dette d'apport, alors que la jurisprudence a toujours affirmé que ces créances n'étaient pas connexes. Cette solution se base sur la qualité de la personne, disposant d'une créance et d'une dette sur la société. Peu importe les contrats sur lesquels reposent ces obligations. On pourrait considérer ici que c'est la personne de l'associé qui est prise en compte, et non le contrat sur lequel reposent ces obligations, pour admettre cette compensation (**Chapitre I**).

875. S'agissant des associés en place, plutôt que de les contraindre à apporter de nouveaux fonds, le législateur et la jurisprudence ont fait le choix d'inciter l'associé à financer la société en difficulté. Il aurait en effet été difficile de contraindre l'associé à faire l'apport de nouveaux fonds sans un accord préalable, sauf à remettre en cause le principe d'intangibilité des engagements des associés et l'écran que prodigue la personne morale²⁵⁰⁵. Lorsque le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté trouve un obstacle, empêchant de forcer une restructuration, il opte alors pour la voie pacifique, incitant l'associé à venir en aide à l'entreprise en difficulté (**Chapitre II**).

²⁵⁰⁵ V. Sur la société écran : CUTAJAR-RIVIERE (C.), *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, th., L.G.D.J., 1998, préface de DIENER (P.).

CHAPITRE I

L'associé créancier uniquement incité à participer au sauvetage de l'entreprise

876. L'associé créancier ne peut se voir imposer de nouvelles charges sans son consentement²⁵⁰⁶. On ne peut ainsi le contraindre à faire une avance en compte courant. Cependant, le droit des procédures collectives l'incite, par diverses mesures, à participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté par ce mode de financement. L'associé qui consentirait à faire cet effort supplémentaire alors que l'entreprise est en difficulté pourra bénéficier de divers privilèges lui permettant d'obtenir un rang privilégié par rapport aux autres créanciers. En procédure de conciliation, le privilège de « *new money* » instauré par la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005, institue un avantage intéressant pour les associés souhaitant apporter de la trésorerie à l'entreprise. S'inspirant notamment de ce privilège, le législateur a mis en place un nouveau privilège, dit de « *post money* », applicable en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, répondant aux objectifs de la loi PACTE et de la directive 2019/1023 de l'Union Européenne du 20 juin 2019 (**Section I**).

877. Le législateur a également facilité l'accès des créanciers à l'actionariat, notamment par la compensation de la créance en compte courant avec la dette d'apport²⁵⁰⁷. Les associés peuvent ainsi s'acquitter de leur dette d'apport par la compensation avec des créances qu'ils détiennent sur la société, sous réserve de l'acceptation de cette modalité par la

²⁵⁰⁶ GIBIRILA (D.), *Comptes courants d'associés*, Juris. Cl., Fasc. 1099, 5 juill. 2019, n°2 ; L'apporteur de l'avance en compte courant pourra être contraint, lorsqu'un associé dirigeant s'est engagé à effectuer un apport en compte courant et que le plan a échoué. La procédure est transformée en liquidation judiciaire, mais l'engagement demeure intact. « *L'actionnaire dirigeant est lié par son engagement d'apporter une avance en compte courant afin de rendre crédible le plan de redressement* » (FRAIMOUT (J.-J.), « Offre d'apport en compte courant d'un actionnaire destiné à financer le plan de continuation ultérieurement résolu : le silence circonstancié du destinataire de l'offre vaut acceptation », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, Mars 2011, comm. 46). De même, si un dirigeant s'engage à garantir les dettes, il devra s'exécuter au-delà de la décision de mise en liquidation de la société, sa volonté de s'engager pouvant être actée sur l'audience d'homologation de plan (LEGROS (J.-P.), « Plan de sauvegarde ou de redressement », *Dr. Sociétés*, n°10, Octobre 2011, comm. 180.).

²⁵⁰⁷ FRAIMOUT (J.-J.), « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, Mars 2014, dossier 19.

société²⁵⁰⁸. L'article L. 626-3 alinéa 4 du Code de commerce²⁵⁰⁹ favorise ainsi la compensation²⁵¹⁰. En revanche, la compensation en tant que moyen de paiement d'une dette est strictement interdite par la jurisprudence, hors connexité²⁵¹¹, principe qui semble applicable à l'avance en compte courant faisant partie d'un ensemble contractuel unique (**Section II**).

²⁵⁰⁸ GIBIRILA (D.), *Comptes courants d'associés*, Juris. Cl., Fasc. 1099, 5 juill. 2019, n°11.

²⁵⁰⁹ C. Com. Art. L. 626-3, al. 4 : « *En cas d'augmentation du capital social prévu par le projet de plan, les associés ou actionnaires peuvent bénéficier de la compensation à concurrence du montant de leurs créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le projet de plan* ».

²⁵¹⁰ Ce texte vise essentiellement les créances en compte courant.

²⁵¹¹ Définition de la connexité : « *Lien unissant deux créances nées d'un même rapport de droit qui les rends compensables malgré l'ouverture d'une procédure collective de règlement du passif* ». CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, association Henri Capitant, 13^{ème} éd. 2020, p. 235, V. *Connexité*.

SECTION I

L'associé créancier incité à faire des avances en compte courant

878. On peut regretter que l'associé créancier ne soit pas contraint à agir dans l'intérêt de l'entreprise. L'associé créancier échappe ainsi au principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Néanmoins, le droit des entreprises en difficulté se dote de mécanisme permettant d'intéresser les prêteurs. Appréhendé en sa qualité de créancier apporteur en compte courant, l'associé peut bénéficier de divers privilèges. Il s'agit alors d'étudier l'application de ces divers privilèges à l'associé créancier : le privilège de *new money* en procédure de conciliation (§I) et le privilège de *post money* en procédure collective (§II),.

§I. L'associé créancier incité à investir par le privilège de « *new money* »

879. En sa qualité de créancier, l'apporteur en compte courant bénéficie des dispositions du droit des entreprises en difficulté favorisant ce type de financement.

880. Un simple créancier dans la procédure collective. Le titulaire d'une avance en compte courant doit être dissocié de l'associé et être considéré comme un simple créancier. C'est déjà le cas dans la procédure collective, il bénéficie des avantages et subit les inconvénients propres à cette qualité de créancier.

Cette qualité de créancier va lui permettre par exemple de demander le remboursement de sa créance à tout moment. Il dispose également de la possibilité de convertir sa créance en capital²⁵¹² ou de solliciter l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société dans l'incapacité de procéder au remboursement²⁵¹³.

881. Apport en compte courant et privilège de *new money*. L'apporteur en compte courant est considéré comme un créancier venant apporter son soutien à la poursuite de l'activité. À ce titre, il peut bénéficier du privilège de *new money*²⁵¹⁴, contrairement à l'apporteur en capital²⁵¹⁵. On peut reconnaître le bénéfice de ce privilège à l'investisseur en

²⁵¹² VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4.

²⁵¹³ CA Aix-en-Provence, 24 janv. 1978, *Rev. Sociétés*, 1979, p. 886, note HONORAT (A.).

²⁵¹⁴ C. Com. Art. L. 611-11.

²⁵¹⁵ CERATI-GAUTIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 311, n°15 ; PETEL (Ph.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP éd. E*, 2005, 1509, p. 1743 ; LE CORRE (P.-

compte courant. En effet, cette solution traduit une interprétation de l'article L. 611-11 du Code de commerce selon laquelle : « Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés dans le cadre d'une augmentation de capital ». La lecture *a contrario* de ce texte, permet de penser que le bénéficiaire du privilège de *new money* est inclus pour toute avance consentie par les actionnaires en dehors d'une augmentation de capital. Il en va de même d'une avance en compte courant ou d'un emprunt obligataire²⁵¹⁶, éventuellement admissible au titre du privilège de conciliation²⁵¹⁷. Les associés créanciers disposent de cette garantie depuis la loi de sauvegarde, qui a étendu le champ d'action des personnes visées par le III, 3° de l'article L. 622-17 du Code de commerce, remplaçant la mention trop restrictive d'« établissements de crédit » par une formule plus englobante de « prêts consentis ». L'effet de cette garantie conduira l'investisseur à privilégier l'apport d'argent frais par l'intermédiaire de son compte courant par rapport à une augmentation de capital. Dès que la viabilité de la société lui paraîtra suffisamment acquise, il pourra alors consolider son investissement par une conversion de créance en capital²⁵¹⁸. La loi favorise ainsi l'endettement plutôt que l'investissement²⁵¹⁹. C'est donc une situation assez dissuasive pour les investisseurs en capital²⁵²⁰. Pourtant, le privilège de *new money* est bien réservé aux seuls apporteurs de trésorerie et ne peut être octroyé que dans le cas d'un accord homologué²⁵²¹. Ce privilège permet aux associés de contracter une avance en compte courant et de bénéficier de ce privilège de priorité sur les autres créanciers, conformément à l'article L. 631-32 du Code de commerce²⁵²².

M.), « Le privilège de la conciliation », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, n°251, p. 50 ; Certains auteurs se sont demandé si la solution était la même pour les nouveaux associés entrés par une augmentation du capital (ROUSSEL-GALLE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Litec, coll. Carré Droit 2005, n°137). Tandis que certains auteurs refusent de faire cette distinction : CERATI-GAUTIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 311 ; LEGROS (J.-P.), « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », in *Les mesures de prévention du nouveau titre I du Livre VI du Code de commerce*, *Dr. Sociétés*, oct. 2005, p. 8 et spéc. n°87.

²⁵¹⁶ STOUFFLET (J.), MATHEY (N.), « La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, commentaire des dispositions applicables aux concours financiers », *RD Banc. Fin.*, 2006, p. 54.

²⁵¹⁷ V. en ce sens LE CORRE (P.-M.), « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, n°251, p. 50 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les privilèges de la procédure », *LPA*, 14 juin 2007, n°119, p. 70 ; MACORIG-VENIER (F.), « Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », *RTD Com.*, 2005, p. 829.

²⁵¹⁸ DAMMAN (R.), « Réflexion sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises en difficulté », *Lexbase* n°2030AIZ ; LE CORRE (P.-M.), « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, n°251, p. 50.

²⁵¹⁹ ROUSSEL-GALLE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Litec, coll. Carré Droit 2005, n°137.

²⁵²⁰ BARBIERI (J.-F.), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA*, 30 sept. 2008 n°196, p. 6.

²⁵²¹ VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4.

²⁵²² BRIQUET (J.-M.), MARQUET (J.-Y.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004 n°148, p. 43.

Pour bénéficier du privilège de *new money*, il faut détenir l'autorisation du juge-commissaire²⁵²³, mais également démontrer que l'avance a été faite « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation* », ce qui devrait être facile à démontrer. Ce n'est qu'une fois que ces conditions seront remplies que l'associé devra porter sa créance à la connaissance de l'organe compétent, dans le délai imparti en fonction de la procédure²⁵²⁴.

Monsieur Couturier se déclare opposé à l'application de ce privilège pour les investisseurs en compte courant²⁵²⁵. Selon lui, le privilège ne devrait pas être octroyé en fonction de la technique utilisée, par un apport ou une avance en compte courant, mais en fonction de la qualité de l'auteur du financement. Tout associé entrant dans la société s'oblige à participer aux pertes, peu important qu'il participe au soutien de la société par une augmentation de capital ou par le compte courant. L'associé se doit, en cette qualité, de subir le risque social, conformément au *ratio legis* de l'alinéa 2 de l'article L. 611-11 du Code de commerce. Le seul obstacle à ce raisonnement, c'est la confusion qu'il implique entre la qualité d'associé et de créancier du prêteur en compte courant. Prendre en compte la qualité du bailleur de fonds plutôt que la technique utilisée ne changerait pas la situation actuelle dans la mesure où le titulaire d'une avance en compte courant serait considéré comme un créancier par le droit des entreprises en difficulté et non comme un associé soumis à la contribution aux pertes²⁵²⁶. Ainsi, on pourrait se baser sur la qualité de la personne et non sur le contrat sur lequel repose l'obligation, sans que cela perturbe la souplesse de ce mécanisme de financement qui permet à l'associé créancier de bénéficier du privilège de *new money*.

882. La protection des nouveaux investisseurs en compte courant contre une action en soutien abusif. En sa qualité de prêteur, l'associé créancier en compte courant risque, lorsque les conditions de son avance s'y prêtent, d'être condamné pour soutien abusif. Ce fut souvent le cas avant la réforme de la loi de sauvegarde, pour les créanciers qui prêtaient de nouveaux fonds à une entreprise en difficulté²⁵²⁷. Dans l'intérêt du sauvetage des entreprises, le législateur a souhaité protéger les associés apporteurs en compte courant en limitant les actions pour soutien abusif. À ce titre, a été instaurée à l'article L. 650-1 du Code de commerce,

²⁵²³ VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4.

²⁵²⁴ En sauvegarde et redressement judiciaire : C. Com. Art. L. 622-17, IV.

En Liquidation judiciaire : C. Com. Art. L. 641-13.

²⁵²⁵ COUTURIER (G). *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon, L.G.D.J., préface de HAEL (J.-P.), 2013, n°408, p. 229.

²⁵²⁶ C. Com. Art. L. 1832, al. 3.

²⁵²⁷ Cass. Com., 28 janv. 2003, n°00-13.084 ; *Gaz. Pal.*, 6 et 7 juillet. 2005, p. 32.

une mesure visant à préserver les créanciers contre une action en soutien abusif, sauf cas de fraude ou immixtion caractérisée dans la gestion de la société débitrice²⁵²⁸ ou lorsque les garanties prises en contrepartie de cette avance étaient disproportionnées à celle-ci. Cet article offre ainsi une quasi-immunité aux créanciers fournissant une aide à une entreprise en procédure collective²⁵²⁹, hormis quelques cas de soutien abusif²⁵³⁰ ou d'immixtion caractérisée dans la gestion. La Cour de cassation a également considéré que l'associé qui s'engage à soutenir financièrement la société en difficulté peut engager sa responsabilité s'il n'agit pas²⁵³¹. Cette protection concerne donc l'associé bailleur de fonds dans le cadre d'une avance en compte courant, mais ne s'applique pas à l'associé apporteur en capital²⁵³². En cas de soutien abusif, fraude, ou en cas de garantie disproportionnée, la compétence pour initier les poursuites reviendra au mandataire²⁵³³.

883. Attribuer à l'associé la qualité de créancier de par son avance en compte courant présente ainsi des avantages en ce qu'il peut à ce titre bénéficier du régime de faveur applicable aux créanciers.

§II. L'associé créancier incité à investir par le privilège de « *post money* »

884. Plusieurs mesures durant la période d'état d'urgence liée à la crise de la Covid-19 furent prises afin de soutenir les entreprises en difficulté²⁵³⁴. Le contexte économique imposait en effet d'inciter les investisseurs à injecter de l'argent frais dans les entreprises subissant une procédure collective. Parmi ces mesures, le législateur a mis en place un nouveau

²⁵²⁸ Par exemple, lorsque l'associé s'est comporté comme un dirigeant de fait de la société débitrice. Voir exemple : CERATI-GAUTIER (A), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 310.

²⁵²⁹ BARBIERI (J.-F.), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA*, 30 septembre 2008, n°196, p. 6.

²⁵³⁰ Pour exemple, les associés peuvent être responsables pour abus de soutien abusif en compte courant, afin de fausser la solvabilité de la société et retarder le redressement de l'entreprise : VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.* n°1, Janvier 2011, étude 4.

²⁵³¹ Cass. Com., 20 févr. 2007, n°05-15.863, *D.*, 2007, AJ., p. 807, obs. DELPECH (X.) ; *LPA*, 2007, no 97, p. 15, note BARBIERI (J.-F.) ; *BJS*, 2007, p. 719, §195, note BRIAND (P.).

²⁵³² V. en ce sens : ROBINE (D.), « L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? », *D.*, 2006, Chron., p. 69, n°11.

²⁵³³ CERATI-GAUTIER (A), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 312.

²⁵³⁴ LE CORRE (P.-M.), « Le droit des entreprises en difficulté à la sauce Covid-19 », *Gaz. Pal.*, 13 juill. 2020, n°382, p. 57 ; LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juill. 2020, n°26, p. 80 ; BERTHELOT (G.), « Présentation générale des aménagements temporaires du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 13 juill. 2020, n°26, p. 58 ; LEGEAS (D.), « Création d'un nouveau privilège », *RDBD*, avril 2020, comm.81.

privilège, dit de « *post money* »²⁵³⁵. Celui-ci bénéficie aux investisseurs faisant un apport de trésorerie, lesquels bénéficient en échange d'un rang privilégié par rapport aux autres créanciers, lors du paiement de leur créance. Il est intéressant d'envisager ce nouveau privilège dans le cadre d'une avance en compte courant consentie par les associés, les encourageant à participer au sauvetage de leur entreprise en difficulté par de nouveaux apports de trésorerie.

885. Un privilège déjà envisagée par la loi Pacte et la directive de l'UE 2019/1023. Cette mesure n'est pas si novatrice²⁵³⁶, dans la mesure où elle avait déjà été proposée lors de l'examen de la loi Pacte et qu'elle fait partie des objectifs de la directive 2019/1023 de l'Union Européenne du 20 juin 2019, parmi lesquels figurent l'incitation faite aux prêteurs de faire de nouveaux apports en trésorerie²⁵³⁷.

L'article 60, I, de la loi PACTE, vise à compléter l'habilitation de la future ordonnance sur le droit des sûretés, pour y intégrer des mesures « *prévoyant les conditions permettant d'inciter les personnes à consentir un nouvel apport de trésorerie au profit d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité ou bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal* »²⁵³⁸. Le nouveau privilège de *post money* vient ainsi concrétiser cette idée.

Par ailleurs l'article 17 du chapitre 4 de la directive UE 2019/1023 du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité vise à faciliter la réussite des plans de restructuration, instituant des mécanismes d'incitation au financement de l'entreprise en difficulté. Elle instaure un système de protection pour deux types de financement. D'une part, les nouveaux financements fournis « *pour mettre en œuvre un plan de restructuration et inclus dans ce plan de restructuration* ». D'autre part, les financements intermédiaires « *comprenant au minimum un concours financier accordé pendant la suspension des poursuites individuelles* » et qui sont raisonnables et immédiatement nécessaires « *pour permettre la poursuite des activités de l'entreprise du débiteur, ou pour préserver ou accroître la valeur de cette entreprise* ».

L'ordonnance 2020-596 du 20 mai 2020 vient ainsi concrétiser la volonté d'inciter les prêteurs à investir dans les entreprises en difficulté, instituant un privilège de sauvegarde ou de

²⁵³⁵ Certains auteurs parlent de privilège de « *new post money* » : DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n1, p. 62.

²⁵³⁶ BOUYER (M.), LANGET (M.), TRAN (C.), « Les adaptations temporaires des outils du livre VI du code de commerce vont-elles s'inscrire dans la durée ? », *RLDA*, n°161, 1^{er} juill. 2020.

²⁵³⁷ En ce sens notamment : DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n1, p. 62

²⁵³⁸ *Ibid.* ; FORT (C.), « Innovation et culture du rebond » : le new normal de l'entreprise en difficulté ? », *BJE*, juil. 2020, n°4, p. 1.

redressement.

886. Une mesure destinée à être pérennisée. Il convient de préciser que même si ce dispositif s'inscrit dans un contexte économique particulier et donc *a priori* pour une durée limitée, il se pourrait toutefois qu'il perdure²⁵³⁹.

L'article 10, II de l'ordonnance 2020-596 du 20 mai 2020 vient délimiter le champ d'application temporel des privilèges de la sauvegarde et du redressement, prévu à l'article 5, IV, lequel s'applique « *aux procédures ouvertes entre la date de son entrée en vigueur et celle de l'entrée en vigueur de l'ordonnance prévue par l'article 196 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus* ». Le privilège de post money ne devait donc s'appliquer que jusqu'au 17 juillet 2021 inclus. Cependant, ces mesures ont été prolongées.

La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020²⁵⁴⁰ d'accélération et de simplification de l'action publique, dite loi ASAP, poursuit et complète ces mesures avec deux articles spécifiques au droit des entreprises en difficulté. L'article 131 de la loi ASAP pérennise la possibilité pour les entreprises bénéficiant d'un plan de redressement judiciaire de participer à une procédure de passation des marchés publics et de contrats de concession, et prolonge avec l'article 124 de la loi ASAP la durée d'application des articles 1^{er} à 6 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 jusqu'au 31 décembre 2021²⁵⁴¹, afin de faciliter le sauvetage de sociétés pour lesquelles l'accès au crédit classique est restreint²⁵⁴².

Il y a donc tout lieu de penser que ce privilège de post money sera pérennisé²⁵⁴³.

²⁵³⁹ En ce sens notamment : BOUYER (M.), LANGET (M.), TRAN (C.), « Les adaptations temporaires des outils du livre VI du code de commerce vont-elles s'inscrire dans la durée ? », *RLDA*, n°161, 1^{er} juill. 2020.

²⁵⁴⁰ L. n°2020-1525, 7 déc. 2020, d'accélération et de simplification de l'action publique, JO 8 déc.

²⁵⁴¹ Cette disposition résulte d'un amendement présenté en septembre 2020 par le gouvernement afin de permettre aux entreprises et exploitations agricoles en difficulté de continuer à bénéficier de plusieurs mesures prévues par l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 qui, pour certaines, s'arrêtaient au 31 décembre 2020. Il faut observer ici que la disposition prolonge d'une durée d'un an l'application de certaines règles dérogatoires au droit commun, qui avaient été justifiées par l'arrêt brutal et massif de l'activité (à partir du 17 mars 2020) et l'impossibilité pratique de respecter les contraintes habituelles en raison des désordres dans l'organisation des juridictions, des études des praticiens, ou dans le fonctionnement des entreprises concernées (v. circ. de présentation des articles 1^{er}, 2, 3 et 5 de l'ord. n° 2020-341, 27 mars 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale).

Le contexte actuel est différent. Les juridictions et praticiens se sont adaptés au contexte sanitaire et l'activité économique n'est plus complètement paralysée par des mesures de confinement. Elle n'en est pas moins lourdement obérée. La prolongation des dispositions dérogatoires au droit commun semble alors se justifier par de nombreux indicateurs laissant présager une reprise économique très progressive et le risque d'accroissement des procédures collectives dans les prochains mois.

²⁵⁴² LEMERCIER (K.), MERCIER (F.), « Loi ASAP : prolongation des règles adaptant le droit des entreprises en difficulté à la covid-19 », *D.*, 23 déc. 2020.

²⁵⁴³ LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, n°26, p. 80.

887. L'associé créancier éligible au privilège de post money. Outre son application dans le temps, il convient de s'intéresser aux personnes qui peuvent en bénéficier et notamment de savoir si ce privilège peut profiter aux associés.

Ce nouveau privilège de « *post money* », destiné à encourager de nouveaux apports en trésorerie, pourra profiter à la fois aux créanciers faisant de nouveaux prêts, à ceux faisant des promesses de prêt mais aussi aux associés créanciers désireux de soutenir financièrement leur entreprise en difficulté²⁵⁴⁴.

L'article 5, IV de l'ordonnance 2020-596 du 20 mai 2020 dispose que : « *Les personnes qui consentent un nouvel apport de trésorerie au débiteur pendant la période d'observation définie par l'article L. 621-3 du même code en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité et celles qui s'engagent, pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté ou modifié par le tribunal conformément aux dispositions des titres II et III du Livre VI du code de commerce, à effectuer un tel apport bénéficient du privilège de sauvegarde ou de redressement dans la limite de cet apport* ».

Sur le vocabulaire, il convient de préciser que le terme d'apport renvoie à des avances de fonds en trésorerie et non des apports de fonds propres par les associés ou actionnaires de la société dans le cadre d'une augmentation de capital²⁵⁴⁵. L'ordonnance indique d'ailleurs expressément que les apports consentis par les associés « *dans le cadre d'une augmentation de capital ne peuvent être garantis par le privilège de sauvegarde ou de redressement* ». Cela suppose toutefois que les avances en compte courant faites par les associés peuvent permettre aux apporteurs de bénéficier de ce privilège de sauvegarde ou de redressement²⁵⁴⁶.

Ainsi, le privilège de « *post money* » sera un outil intéressant incitant les associés créanciers à participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

888. Les conditions d'obtention du privilège de post money. L'éligibilité de l'associé créancier au privilège de post money étant établi, il s'agira dans un premier temps d'examiner les conditions d'obtention du privilège, avant d'étudier le régime de la créance privilégiée. L'étude démontrera que cette nouvelle mesure demeure, sur certains points, imprécise.

²⁵⁴⁴ En ce sens : DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n1, p. 62

²⁵⁴⁵ OLLU (G.), « La promotion du financement des entreprises en difficulté par la création des privilèges de post money », *LEDEN*, n°6, juin 2020, p. 3.

²⁵⁴⁶ En ce sens notamment : LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, n°26, p. 80.

889. Un nouveau privilège octroyé en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. Au privilège de conciliation²⁵⁴⁷ et de procédure²⁵⁴⁸ venant récompenser les créanciers apportant de l'argent frais, est venu un nouveau privilège dit de « *post money* »²⁵⁴⁹, lequel fait son apparition dans l'article 5, IV, de l'ordonnance 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19²⁵⁵⁰.

Il faut retenir que le droit des entreprises en difficulté multiplie les dispositions permettant de favoriser l'apport de nouveaux fonds, notamment en valorisant les prêts fait par les créanciers. Néanmoins, le prêt n'avait pas les mêmes conséquences selon la période à laquelle il avait été initié. En effet, le privilège de new money ne profitait qu'aux créanciers ayant fait l'apport d'argent en procédure de conciliation²⁵⁵¹, alors que le nouveau privilège de post money profite aux créanciers apporteurs d'argents en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. Ainsi, ce privilège concerne soit les créances nées au cours de la période d'observation, soit celles dont des prêteurs qui se sont engagés pour l'exécution lors de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté ou modifié par le tribunal.

Durant la période d'observation, peuvent en bénéficier du privilège les créanciers qui consentent un nouvel apport de trésorerie autorisé par le juge commissaire²⁵⁵². Il est notable qu'en cas de refus d'autorisation par le juge-commissaire, les prêteurs pourront bénéficier du privilège de procédure prévu à l'article L. 622-17, I du Code de commerce.

Lorsque la créance est née pendant l'exécution du plan, les créanciers titulaires d'une créance de droit commun pourront désormais bénéficier de ce privilège de « *post money* ». Cette situation est remarquable en ce qu'elle permet aux apporteurs de trésorerie de bénéficier d'un privilège alors que la société est de nouveau in bonis, pour peu que cette créance soit mentionnée dans le plan²⁵⁵³.

Ainsi, en fonction du moment où le créancier fera l'apport en trésorerie, les formalités ne seront

²⁵⁴⁷ C. Com. Art. L. 611-11.

²⁵⁴⁸ C. Com. Art. L. 622-17

²⁵⁴⁹ Un auteur considère qu'il s'agit de deux privilèges, le privilège de sauvegarde et le privilège de redressement : OLLU (G.), « La promotion du financement des entreprises en difficulté par la création des privilèges de post money », LEDEN, juin 2020, n°6, p. 3.

²⁵⁵⁰ Ord. N°2020-596, 20 mai 2020, NOR : art. 5, IV : JO, 21 mai 2020.

²⁵⁵¹ C. Com. Art. L. 611-11.

²⁵⁵² L'article 5, IV de l'ordonnance n°2020-596 du 20 mai 2020 précise que « *la décision est transcrite sur le registre mentionné à l'article R. 622-14 du même Code avec l'indication de l'identité de leur auteur et de leur montant* ».

Cette formalité s'inspire de celles imposées pour les prêts consentis en période d'observation pour le privilège de procédure (V. Art. L. 622-17, II, 2° et L. 641-13, II, 2°).

²⁵⁵³ MONSERIE-BON (M.-H.), « Les plans après l'ordonnance du 20 mai 2020 », BJE, juill. 2020, n°117y7, p. 76.

pas les mêmes. Ces nouveaux privilèges de sauvegarde et de redressement²⁵⁵⁴ semblent s'inspirer d'autres privilèges, comme le privilège de la conciliation²⁵⁵⁵ ou le privilège de procédure²⁵⁵⁶, déjà applicables en droit des entreprises en difficulté²⁵⁵⁷.

Concernant le privilège de conciliation, malgré quelques points communs²⁵⁵⁸, le privilège de « *post money* » paraît bien distinct, tout d'abord au regard des procédures auxquelles il s'applique et ensuite au regard des créances qu'il vise²⁵⁵⁹.

Concernant le privilège de procédure, l'étude impose, pour les distinguer, d'apprécier les deux privilèges selon que la créance intervienne en période d'observation ou lors de l'exécution du plan.

Lorsque la créance est née en période d'observation, on peut en conclure que malgré ces quelques distinctions, le privilège de sauvegarde ou de redressement paraît peu opportun, faisant double emploi avec le privilège de procédure à l'article L. 622-17 du Code de commerce. Tout au plus le privilège de procédure ajoute-t-il que le nouvel apport en trésorerie, qui doit être fait pendant la période d'observation en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise, doit également assurer « *sa pérennité* ». Ces nouveaux privilèges de sauvegarde et de redressement paraissent ainsi peu utiles lorsque le nouvel apport en trésorerie est fait en période d'observation²⁵⁶⁰.

²⁵⁵⁴ Sur l'institution d'un « nouveau » privilège distinct des privilèges de conciliation (C. Com. Art. L. 611-11) et de procédure (C. Com. Art. L. 622-17) : LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, n°26, p. 80.

²⁵⁵⁵ C. Com. Art. L. 611-11.

²⁵⁵⁶ C. Com. Art. L. 622-17.

²⁵⁵⁷ En ce sens notamment : DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n1, p. 62 ; MONSERIE-BON (M.-H.), « Les plans après l'ordonnance du 20 mai 2020 », *BJE*, juil. 2020, n°117y7, p. 76.

²⁵⁵⁸ Comme leur appellation : le privilège de new money est aussi appelé privilège de procédure tandis que le privilège de « *post money* » prend l'appellation de privilège de sauvegarde ou de redressement en fonction de la procédure en jeu : V. LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, n°26, p. 80.

²⁵⁵⁹ En effet, le privilège de conciliation peut être attribué dans le cadre d'un accord homologué si des personnes fournissent « un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise ». L'ordonnance ne fait mention que de « nouvel apport de trésorerie ». Des services nouveaux auraient mérité de faire partie des dispositions pouvant bénéficier de ce privilège. La doctrine note effectivement que « *des financements par crédit-bail ou des engagements par signatures* » qui sont des services nouveaux auraient pu faire partie des avances éligibles au le privilège de sauvegarde ou de redressement (DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n°1, p. 62 ; LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, n°26, p. 80). Par contre l'octroi de nouveaux biens ne pouvait faire partie des apports pouvant bénéficier à leur titulaire du privilège de post money dans la mesure où lors d'une période d'observation, les fournisseurs s'engagent à continuer leurs livraisons (LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, n°26, p. 80).

²⁵⁶⁰ DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n1, p. 62 ; LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, n°26, p. 80.

Lorsque la créance est née lors de l'exécution du plan ou de sa modification, le privilège de post money trouve une réelle utilité, il permet à ce stade de la procédure d'encourager les prêteurs à faire de nouveaux apports. Il garantit de plus tout apport en trésorerie promis pendant la période d'observation mais effectivement consenti lorsque « *le plan de sauvegarde ou de redressement est arrêté ou modifié* »²⁵⁶¹.

Par voie de conséquence, les privilèges de la sauvegarde ou du redressement sont ainsi, malgré quelques points communs, distincts de ceux associés aux privilèges de conciliation et de procédure.

890. Les formalités liées au privilège de post money. Le professeur Le Corre déduit de cette distinction du privilège de post money des autres privilèges, deux conséquences sur les formalités.

En effet, si un créancier s'engage à effectuer un apport en trésorerie en période d'observation, selon l'article L. 622-17 du Code de commerce²⁵⁶², on peut supposer que le prêteur devra informer les organes de la procédure collective sous peine de perdre son privilège²⁵⁶³. Néanmoins, dans la mesure où le privilège de post money est distinct du privilège prévu au IV de l'article L. 622-17 du Code de commerce, il n'est pas certain que cet article s'impose au nouveau prêteur bénéficiant du privilège de post money²⁵⁶⁴. Le texte aurait pu apporter une précision sur cette question.

Lorsque l'entreprise est en période d'observation, le prêteur doit déclarer sa créance conformément à l'article L. 622-24 alinéa 1 du Code de commerce, lequel dispose que : « *À partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'État* ».

Si un créancier s'engage à effectuer un apport en trésorerie dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement ou lors de son exécution, aucune autorisation n'est à demander. En effet, à la différence du prêteur en période d'observation, lorsque le prêt est effectué pendant l'exécution du plan, « *le jugement qui arrête ou modifie le plan mentionne chaque privilège et précise les*

²⁵⁶¹ Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, JO 21 mai, art. 5.

²⁵⁶² V. également l'article L. 641-13, IV du Code de commerce.

²⁵⁶³ DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n°1, p. 62.

²⁵⁶⁴ C. Com. Art. L. 622-17, IV : « *Les créances impayées perdent le privilège que leur confère le II du présent article si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur et à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation. Lorsque cette information porte sur une créance déclarée pour le compte du créancier en application de l'article L. 622-24, elle rend caduque cette déclaration si le juge n'a pas statué sur l'admission de la créance* ».

montants garantis ». L'information des organes de la procédure et des créanciers paraît donc peu opportune dans ce contexte. Cependant, le jugement arrêtant le plan devra mentionner les apports de trésorerie consentis par le créancier et le jugement modifiant le plan devra aussi mentionner les nouveaux apports. Cette mention est nécessaire afin que le créancier bénéficie du privilège, imposant au débiteur de demander la modification du plan au tribunal, lequel jugera alors de la nécessité de l'apport en trésorerie pour l'exécution du plan²⁵⁶⁵.

Il convient de noter que le jugement, arrêtant ou modifiant le plan, est publié conformément aux articles R. 621-8 du Code de commerce, afin de rendre ce privilège opposable aux tiers.

891. La finalité liée au privilège de post money. Ces apports en trésorerie devront avoir pour finalité la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité. En ce sens, ils se distinguent du privilège de new money, lequel n'est pas conditionné à la poursuite de l'activité²⁵⁶⁶. Il donne toutefois aux créanciers un privilège inférieur à celui de la conciliation. L'associé qui ferait un apport en compte courant pourrait cumuler des privilèges de sauvegarde et de redressement judiciaire.

892. Le régime de la créance privilégiée. Ce privilège de « *post money* » permet enfin aux créanciers qui en sont titulaires d'être payés « *avant toutes les autres créances, dans l'ordre prévu aux articles L. 622-17 et au III de l'article L. 641-13 du même Code* », après les créances de salaires non avancées par l'AGS et avant les prêts consentis, ainsi que les créances résultant de la poursuite de l'exécution des contrats en cours et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé²⁵⁶⁷.

En l'absence de précisions, le professeur Dumont considère que l'apporteur de nouvelles créances, bénéficiaire du privilège de « *post money* », se voit appliquer le principe du paiement à l'échéance. En effet, en principe, selon l'article L. 622-17, I du Code de commerce : « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* »²⁵⁶⁸. Ainsi, dans la mesure où il est indiqué que pour bénéficier du privilège, le nouvel apport en trésorerie doit être fait en vue d'assurer la poursuite de l'activité et la pérennité de

²⁵⁶⁵ DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n1, p. 62.

²⁵⁶⁶ Rapport Président de la République JO, 21 mai 2020.

²⁵⁶⁷ BEN CHEIKH-VECCHIONI (L.), « Extension de la garantie de l'AGS dans le cadre de la crise sanitaire liée au COvid-19 », *Gaz. Pal.*, 13 juin 2020, n°382, p. 87.

²⁵⁶⁸ Notons que le II précise que « *lorsqu'elle ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code de travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code* ».

l'entreprise, le principe d'un paiement à l'échéance est applicable²⁵⁶⁹.

893. Les créanciers titulaires du privilège protégés contre l'imposition de délais ou de remises. Afin d'éviter le débat qui avait surgi pour le privilège de new money²⁵⁷⁰, l'ordonnance n°2020-596 du 20 mai 2020 précise que les créanciers concernés par ce privilège de post money ne pourront se voir imposer des délais et des remises lorsqu'une procédure de redressement judiciaire succèdera à une procédure de sauvegarde, qu'il s'agisse d'un plan avec ou sans comités de créanciers²⁵⁷¹.

En effet, l'ordonnance 2020-596 du 20 mai 2020 prévoit que : « *Par dérogation aux articles L. 626-18, L. 626-19 et L. 626-30-2 du code de commerce, les créances garanties par le privilège de sauvegarde ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers* ». Cette solution ne concerne pas la procédure collective en cours mais la seconde procédure qui intervient en cas de résolution du plan de la première procédure. Dans la mesure où l'apport en trésorerie est réalisé au cours de la période d'observation ou pendant l'exécution du plan, le plan ne pouvait pas anticiper et donc comprendre des délais ou des remises pour des créances qui n'avaient pas été encore engagées. Cette disposition trouvera donc application lors de la seconde procédure collective, à condition que le plan arrêté dans la première procédure soit résolu²⁵⁷².

L'ordonnance mentionne uniquement le privilège de sauvegarde²⁵⁷³. Cette solution paraît logique dans la mesure où le plan de redressement judiciaire débouche soit sur un plan de cession soit sur une liquidation judiciaire. Ainsi cette disposition sur les remises et les délais n'a d'intérêt qu'en cas de procédure de sauvegarde.

Lorsque l'apport en trésorerie est effectué en période d'observation, il s'agira d'appliquer l'article L. 626-27 du Code de commerce, III selon lequel les créanciers « *sont dispensés de déclarer leurs créances et sûretés* ». En effet, dans la mesure où l'apporteur en trésorerie aura porté à la

²⁵⁶⁹ Le professeur Macorig-Venier ne partage pas cette solution et suppose que si la précision n'a pas été faite dans le texte c'est justement car le prêteur ne peut en bénéficier. DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n1, p. 62.

²⁵⁷⁰ LUCAS (F.-X.), PEROCHON (F.), « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? – Controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Pérochon », *BJE*, sept. 2012, n°JBE, 2012-0175, p. 341.

²⁵⁷¹ Cette solution est inspirée du privilège de conciliation, pour lequel il est prévu que les créanciers titulaires du privilège de conciliation ne peuvent se voir imposer des remises ou des délais qui n'auraient pas été acceptés par eux, conformément à l'article L. 626-20, I, 3° du Code de commerce.

²⁵⁷² DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.), « Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE*, janv. 2021, n°1, p. 62 ; LE CORRE (P.-M.), « Le nouveau privilège de sauvegarde ou de redressement », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, n°26, p. 80.

²⁵⁷³ Cette exclusion pourrait créer des difficultés en cas de procédure de redressement judiciaire (OLLU (G.), « La promotion du financement des entreprises en difficulté par la création des privilèges de post money », *LEDEN*, juin 2020, n°06, p. 3).

connaissance de l'organe de la procédure mentionnée à l'article L. 622-17 du Code de commerce de son prêt, il sera dispensé de déclarer sa créance.

Lorsque l'apport en trésorerie est effectué pendant l'exécution du plan, la même solution doit être retenue et permet aux prêteurs de ne pas avoir à déclarer leur créance. En effet, bien que les créances nées pendant l'exécution du plan doivent normalement être déclarées, la situation est différente, car le jugement d'ouverture arrêtant ou modifiant le plan mentionne le privilège, la créance sera automatiquement portée à la connaissance des organes de la procédure.

894. Conclusion Section I. L'associé créancier n'est donc pas contraint de participer au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Le législateur et la jurisprudence ont privilégié sa qualité de créancier, au risque de le laisser mettre en péril l'entreprise. Ce risque est toutefois balancé par l'avantage procuré par la qualité de créancier. À ce titre, l'associé protégé par le droit des entreprises en difficulté en sa qualité de créancier est incité à participer au sauvetage de l'entreprise par l'avance de nouveaux fonds.

SECTION II

L'associé créancier incité à compenser sa créance en compte courant avec sa dette d'apport

895. Tandis que la créance en compte courant, résulte d'un prêt de l'associé à la société, la dette d'apport résulte du contrat d'apport. Résultant de deux contrats distincts, la jurisprudence a refusé la compensation de ces obligations, faute de connexité (§I). Le législateur est intervenu afin de l'autoriser et de permettre aux associés créanciers de compenser la libération de leurs apports avec leurs avances en compte courant (§II).

§I - La prohibition prétorienne de la compensation en paiement en procédure collective

896. La jurisprudence refuse de reconnaître la connexité entre la créance en compte courant et la dette d'apport dont peut disposer un associé sur la société. Cette solution doit être nuancée, dans la mesure où la jurisprudence aurait pu admettre que ces deux créances font partie d'un même contrat.

897. L'interdiction de compenser des créances non connexes. La procédure collective prohibe tout paiement des créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective²⁵⁷⁴. La seule exception figure à l'article L. 622-7, I du Code de commerce créances connexes postérieure au jugement d'ouverture, c'est le paiement de créances connexes²⁵⁷⁵. En effet, après de nombreuses hésitations de juridictions d'appel²⁵⁷⁶, la compensation hors connexité²⁵⁷⁷ est désormais interdite après le jugement d'ouverture²⁵⁷⁸, ainsi que lors de la

²⁵⁷⁴ C. Com. Art L. 622-7, I, al 1^{er}: « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes* ».

²⁵⁷⁵ HENNION (P.), « La compensation des dettes connexes dans les procédures collectives », *LPA*, 2 déc. 1996, n°145, p. 9 ; PEDAMON (M.), « La compensation des dettes connexes », *RJ com.*, Janv. 1992, p. 24, n°1335.

²⁵⁷⁶ Sur la divergence des arrêts de la cour d'appel : CA. Versailles, 13^e. Ch. Civ., 13 avr. 1997, *BJS*, oct. 1997, § 312, note DOM (J.-P.).

²⁵⁷⁷ On a une dérogation au droit commun des obligations, car le droit des obligations n'érige pas la connexité comme principe à la compensation.

²⁵⁷⁸ « *La compensation entre la dette d'apport et le compte courant de l'associé qui n'a pas eu lieu avant le jugement de liquidation est « interdite » après l'ouverture de cette procédure* » : LEGROS (J.-P.), « Libération du capital », *Dr. Sociétés*, n°6, Juin 2009, comm. 124.

période d'observation, que cette compensation soit légale, conventionnelle ou judiciaire²⁵⁷⁹. La compensation légale ne peut pas jouer lorsque la libération du capital n'a pas été appelée avant le jugement d'ouverture²⁵⁸⁰. Elle n'est donc plus possible à compter du jugement d'ouverture, mais reste autorisée avant, si certaines conditions sont réunies²⁵⁸¹. Il ne pourra donc plus y avoir compensation après l'adoption du plan, bien que le débiteur soit à nouveau *in bonis*, mettant un terme aux interdictions et restrictions de pouvoir²⁵⁸². Cette possibilité se justifie par l'interdiction de payer les créanciers antérieurs à la cessation des paiements²⁵⁸³.

898. L'absence de connexité entre créance en compte courant d'associé et dette d'apport. La dette d'apport et la créance en compte courant ne sont pas connexes au regard de l'article L. 622-7, I du Code de commerce²⁵⁸⁴. La connexité ne serait pas fondée car la libération du capital a une origine légale, alors que le remboursement de la créance en compte courant est de nature conventionnelle²⁵⁸⁵. La jurisprudence considère donc qu'il n'y a pas de lien de connexité entre une créance issue d'un contrat de prêt²⁵⁸⁶ et un contrat de société²⁵⁸⁷.

²⁵⁷⁹ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019, n°198, p. 161 ; Pour des exemples prétoriens : Cass. Com., 17 juill. 2001, *Rev. Sociétés*, 2002, p. 336, note DIDIER (P.) ; VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4, p. 22.

²⁵⁸⁰ Sur la validité de la compensation effectuée avant le jugement d'ouverture entre la créance de libération du capital et la créance d'avance en compte courant : Cass. Com., 8 janv. 2002, n°98-22.976, *D.*, 2002. AJ 485, obs. LIENHARD (A.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2002, n°59, obs. BOULAY ; *Bull. Joby*, 2002. 477, note LUCAS (F.-X.) ; *Dr. Sociétés*, 2002, n°112, note LEGROS ; *RTD Com.*, 2002. 371, obs. MARTIN SERF (A.) ; *JCP éd. E*, 2002, II, 1639, n°3, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.).

²⁵⁸¹ Cass. Com., 8 janv. 2002, n°98-22.976, *D.*, 2002. AJ 485, obs. LIENHARD (A.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2002, n°59, obs. BOULAY ; *Bull. Joby*, 2002. 477, note LUCAS (F.-X.) ; *Dr. Sociétés*, 2002, n°112, note LEGROS ; *RTD Com.*, 2002. 371, obs. MARTIN SERF (A.) ; *JCP éd. E*, 2002, II, 1639, n°3, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.).

²⁵⁸² LUCAS (F.-X.), « 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 ? », *BJE*, 1 sept. 2013 n°5, p. 332.

²⁵⁸³ Lamy Droit du financement, Lamy.Line.fr, Chapitre 5 « *Restructuration des sociétés en difficulté* », 2015.

²⁵⁸⁴ Cass. Com., 18 janv. 2000, *Pintos c/ M. jumel*, *BJS*, 2000, p. 527, §. 115, note COURET (A.) ; Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-15.298, *M Aubert c/ Chaperon* : *JurisData* n°1997- 002187 ; *D. Affaires*, 1997. 762 ; *BJS*, 1997, p. 804, note CALENDINI (J.-M.) ; CA Paris, 3^e ch., 30 avr. 1998, *Dr. Sociétés*, 1999, n°12 ; *BJS*, 1997, p. 861, note DOM (J.-P.).

DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires - Situation des associés*, *Juris. Cl.*, 15 sept. 2018, n°86 ; LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Domat Droit privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2019, n°198, p. 161.

²⁵⁸⁵ Sur la compensation pour dettes connexes : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd. 2021-2022, n°632.400, p. 2187 ; VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4.

²⁵⁸⁶ Cass. Com., 18 janv. 2000, *Pintos c/ M. jumel*, *BJS*, 2000, p. 527, §. 115, note COURET (A.) ; CA Paris, 25 janv. 2000, *BJS*, 2000, p. 525, note COURET (A.) ; Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-15.298, *M Aubert c/ Chaperon* : *JurisData* n°1997- 002187 ; *D. Affaires*, 1997. 762 ; *BJS*, 1997, p. 804, note CALENDINI (J.-M.).

²⁵⁸⁷ Cass. Com., 18 janvier 2000, *BJS*, 2000, p. 527, §. 115 note COURET (A.) ; CA Versailles, 8 juin 2000, *sauerborn et autres c/ Me Mandrin et autres*, *RTD Com.*, 2000, p. 934, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; CA Lyon, 11 févr. 2000, *RTD Com.*, 2001, p. 145, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; CA Versailles, 13^e ch., 3 avril 1997, *Sté Yoko international c/ M^e Canet*, *D. Affaires*, 1997, p. 1084 ; *BJS*, 1997, 861, §. 312, note. DOM (J.-P.) ; *BJS*, 1997, p. 804, §. 294, note CALENDINI (J.-M.) ; *RTD Com.*, 1997, p. 682. obs. MARTIN-SERF (A.).

De plus, la réticence des juges du fond à admettre cette compensation vient également de l'atteinte que constitue cette compensation au principe d'égalité des créanciers en faveur d'associés « *peu scrupuleux* »²⁵⁸⁸. En effet, plusieurs auteurs se sont demandé si cette compensation des dettes connexes ne portait pas atteinte au principe d'égalité des créanciers. En effet, la compensation permet à un créancier hypo chirographaire d'avoir un meilleur traitement que certains créanciers, pourtant privilégiés, car à la fois débiteurs et créanciers de la société en difficulté. On comprend que certains auteurs arguent d'une violation du principe d'égalité des créanciers²⁵⁸⁹. Madame le professeur Saint-Alary-Houin considère pour sa part que le paiement d'une dette connexe ne rompt pas l'égalité entre les créanciers, car « *ces créances ne sont prises en considération que pour leur montant et en fonction des délais prévus par le plan et la compensation est clairement prévue par la loi* »²⁵⁹⁰. Une question prioritaire de constitutionnalité avait été soulevée sur ce sujet, mais elle n'a pas été jugée sérieuse par la Cour de cassation²⁵⁹¹.

899. L'opposition doctrinale. Certains auteurs²⁵⁹² relèvent que ces décisions sont contraires à d'autres jurisprudences qui considèrent malgré des contrats distincts, que la connexité est fondée sur un ensemble contractuel commun²⁵⁹³. La compensation a été largement admise entre deux créances de nature contractuelle²⁵⁹⁴, voire entre des créances issues de conventions liées²⁵⁹⁵. La seule condition est la présence d'un ensemble contractuel unique²⁵⁹⁶. Il est parfaitement concevable que l'ensemble apport en compte courant et

²⁵⁸⁸ Voir les notes : Cass. Com., 8 janvier 2002, *BJS*, 2002, p. 477, §. 102, note LUCAS (F.-X.) ; CA. Versailles, 13^e. Ch. Civ., 13 avr. 1997, *BJS*, oct. 1997, §. 312, note DOM (J.-P.).

²⁵⁸⁹ LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd. 2021-2022, n°632.411, p. 2186.

²⁵⁹⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., Domat droit privé, 10^{ème} éd. 2016, n°1022, p. 663.

²⁵⁹¹ Cass. Com., 14 sept. 2010, n°10-40.022, QPC, NP, *Act. Proc. Coll.* 2010, comm. 226, note CAGNOLI (P.) ; *JCP éd. E*, 2011, Chron. 1030, n°03, obs. PETEL (P.) ; Sur le caractère sérieux de la question : KUNTZ (E.), NURIT (V.), « Le paiement de dettes connexes et le principe d'égalité des créanciers : l'éternelle incompatibilité », *BJE*, mai/juin, §65., p. 160, sp. 162, n°32.

²⁵⁹² VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4, p. 23.

²⁵⁹³ V. en ce sens : Cass. Com., 5 avr. 1994, *Bull. civ.*, 1994, IV, n°142 ; Cass. Com., 9 mai 1995, *D.*, 1996, Juris. p. 322, note LOISEAU (G.) ; *JCP éd. G*, 1995, II, 22448, rapp. REMERY (J.-P.) ; V. également sur la question : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Coll. Action, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd. 2021-2022, n°632-451, p. 2192.

²⁵⁹⁴ LOIR (R.), *Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaire. - situation des créanciers. Compensation*, Juris. Cl., Fasc. 2372, 15 mars 2020, n°58.

²⁵⁹⁵ V. pour exemple : Cass. Com., 9 nov. 1982, *D.*, 1983, jurispr., p. 466, note HONORAT (A.) ; *RTD Civ.*, 1983, p. 356, obs. REMY (P.) ; PEDAMON (M.), « La compensation des dettes connexes », *RJ com.*, janv. 1992, p. 24, n°1335 ; LOIR (R.), *Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaire. - Situation des créanciers. Compensation*, Juris. Cl., Fasc. 2372, 15 mars 2020, nos°77 et s.

²⁵⁹⁶ V. également : Cass. com., 9 mai 1995, *D.*, 1996, jurispr. p. 322, note LOISEAU (G.) ; *JCP éd. G*, 1995, II, 22448, Rapp. REMERY (J.-P.) ; *RD bancaire et bourse*, 1995, p. 221, n°52, obs. CAMPANA (M.-J.) et CALENDINI (J.-

libération de l'apport, forment un même « *contrat économique* »²⁵⁹⁷, « *une opération économique globale* »²⁵⁹⁸, ou une opération s'insérant dans une même « *unité économique* »²⁵⁹⁹. Selon monsieur Vinckel : « *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* »²⁶⁰⁰. Ainsi que l'expliquent plusieurs auteurs²⁶⁰¹, une telle solution peut surprendre dans la mesure où la connexité a pu être reçue dans plusieurs cas similaires, notamment dans le cas des obligations issues de « *contrats économiquement liés* »²⁶⁰². Les créances réciproques sont considérées comme connexes lorsqu'elles sont issues du même *contrat* mais également *d'une convention cadre*. Les avances en compte courant et la dette de libération d'un apport participent d'une même finalité économique, qui est le financement de l'entreprise sociétaire.

On peut cependant objecter contre cette possibilité de compensation, qu'il serait contraire au principe admettant que les associés qui n'ont pas libéré leurs apports puissent échapper à leur obligation primaire qui est la contribution aux pertes²⁶⁰³. À défaut d'admission prétorienne, le législateur est venu encadrer ce dispositif de compensation dans le cadre d'une augmentation de capital²⁶⁰⁴, afin d'accroître les chances de redressement²⁶⁰⁵.

M.) ; V. par exemple pour une hypothèse d'ensemble contractuel unique caractérisant la connexité : Cass. com., 16 oct. 2001, n° 98-20.973.

²⁵⁹⁷ Note CHAPUT (Y.), sous CA. Paris, 29 avr. 1994 : JurisData n°1994-021847 ; *Dr. Sociétés*, 1994, comm. 173 ; VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4, p. 23.

²⁵⁹⁸ GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Lextenso, éd. 2009, n°425, p. 362.

²⁵⁹⁹ JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 11^{ème} éd. 2019, n°355, p. 238.

²⁶⁰⁰ VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4, p. 23.

²⁶⁰¹ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, L.G.D.J., T.2, préface de HAEL (J.-P.), 2013, n°12, p. 17 ; Sur l'existence d'un ensemble contractuel unique : V. également note CERATI-GAUTHIER (A.), sous Cass. Com. 17 juill. 2001 : *Commune du Carla-Bayle c/ M. Brenac et a.*, Bull. civ. IV, n°148, p. 141), *LPA*, 8 mars 2002, n°49, p. 15 ; V. obs. CHAMPAUD (C.), DANET (D.) sous CA Versailles 8 juin 2000, *RTD Com.*, 2000, p. 934.

²⁶⁰² Cass. Civ. 3^{ème}, 4 juin 2003, *Bull. Civ.*, III, n°121 ; *LPA*, 18 févr. 2004, n°35, p. 5, obs. LECUYER (H.) et LUCAS (F.-X.) ; V. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°719, p. 471.

²⁶⁰³ Cependant, le professeur Lucas considère que cette compensation ne serait pas « *inopportune* », voire bénéfique pour l'entreprise, même si les associés ne méritent pas une telle faveur. Note LUCAS (F.-X.), sous Cass. Com, 8 janvier 2002, *BJS*, 2002, p. 477 ; § 102, spéc., p. 479, note 2.

²⁶⁰⁴ C. Com. Art. L. 626-17.

²⁶⁰⁵ V. Note DOM (J.-P.), sous CA. Versailles, 13^e. Ch. Civ., 13 avr. 1997, *BJS*, oct. 1997, §. 312 ; Note MARTIN-SERF (A.), sous Cass. Com., 14 mai. 1996 et Cass. Com., 22 avr. 1977, *RTD Com.*, p. 682.

§II - L'admission légale de la compensation avec la libération de l'apport en procédure collective

900. Bien que la jurisprudence ait affirmé que la créance en compte courant et la dette d'apport ressortent de deux contrats distincts et que les deux créances ne pouvaient être compensées faute de connexité, le législateur l'a finalement admise.

901. **La compensation en période suspecte.** La compensation²⁶⁰⁶ entre le compte courant créancier et le capital non libéré peut être effectuée avant le jugement d'ouverture de la procédure collective. Cependant, on peut s'interroger sur l'admission de cette compensation en période suspecte. Plusieurs distinctions doivent alors être effectuées.

La compensation légale est admise lorsqu'elle s'applique de plein droit, sauf si elle est motivée par une intention de fraude. En période suspecte, l'associé peut ainsi « libérer le capital social par compensation avec les comptes courants créanciers dont les actionnaires sont titulaires dans les comptes de la société »²⁶⁰⁷, à condition que la créance soit fongible, liquide et exigible²⁶⁰⁸.

La compensation conventionnelle est également admise à condition qu'il n'y ait pas de volonté de frauder à peine de nullité²⁶⁰⁹. L'annulation ne pourra ainsi être effective que si la compensation a été faite de bonne foi entre les parties, avant la date de la cessation des paiements²⁶¹⁰ et si les dettes compensées avaient un lien de connexité. L'associé ne peut en principe, faire jouer la compensation conventionnelle du fait de l'indépendance entre sa qualité de créancier et sa situation d'associé, à défaut de connexité entre le capital social et le compte courant²⁶¹¹.

De plus, il existe une limite à la compensation en période suspecte. La compensation pourra être annulée si l'associé créancier avait connaissance de l'état de cessation des paiements de la société²⁶¹². En effet, l'article L. 632-2 du Code de commerce dispose que : « *Les paiements pour*

²⁶⁰⁶ La compensation est définie à l'article 1347 du Code civil, lequel dispose que : « *La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes* ».

²⁶⁰⁷ SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 9^{ème} éd. 2014, note 356, p. 719 ; V. CA Paris 3^{ème} ch. B, 29 oct. 1993, *BRDA*, 1994, n°212 ; *RJDA*, 2/1994, n° 177.

²⁶⁰⁸ C. Civ. Art. 1291 ; CA Versailles, 17 mai 1990, *BJS*, 1990, p. 873, note BUTTET (E.) ; CA Paris, 29 oct. 1993, *RJDA*, 2/1994, n° 177 ; *BJS*, 1994, p. 91, n°17, obs. COURET (A.).

²⁶⁰⁹ Dans ce cas, la compensation sera nulle de plein droit.

²⁶¹⁰ Cass. Com., 16 oct. 2007, *Rev. Proc. Coll.*, 2008, n°70, p. 70, obs. BLANC (G.).

²⁶¹¹ VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4, p. 22.

²⁶¹² En période suspecte, la compensation est considérée comme un mode anormal de paiement (C. Com. Art L. 632-1, al. 4). V. en ce sens. CA Paris, P. 5, ch. 9, 7 avr. 2011, n°10/06823, *Sté Toplux*, *BJS*, nov. 2011, ROUSSEL GALLE (P.) ; Cass. Com., 28 mai 1996, n°94-10.688, *BJS*, nov. 1996, § 345, p. 948, note CALENDINI (J.-M.). LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd. 2019, Domat Droit privé, L.G.D.J., n°198, p. 161 ;

dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements ». Dans ce cas, la compensation ne pourra intervenir pendant la période suspecte²⁶¹³. Il convient de préciser que la connaissance de l'état de cessation des paiements de la société est personnelle à chaque créancier²⁶¹⁴ et qu'elle ne résulte pas nécessairement de la qualité de dirigeant du bénéficiaire²⁶¹⁵. La Cour de cassation a également précisé dans un arrêt 6 mars 2019 que les juges du fond qui font droit à une demande d'annulation doivent caractériser « *concrètement et effectivement* » en quoi le bénéficiaire de l'acte avait connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur²⁶¹⁶.

Afin d'éviter ce risque, le créancier-apporteur souhaitant libérer son apport par compensation se munira opportunément d'une expertise attestant de l'absence de cessation des paiements²⁶¹⁷.

902. La compensation postérieure au jugement d'ouverture. La compensation entre le compte courant créditeur et le capital non libéré peut encore être effectuée après le jugement d'ouverture de la procédure collective.

En principe, le jugement d'ouverture empêche tout paiement des créances antérieures. Le principe est posé à l'article L. 622-7 du Code de commerce, également applicable en procédure de redressement et de liquidation judiciaire²⁶¹⁸, lequel dispose que : « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires* ». Au principe d'interdiction de payer les créanciers titulaires d'une créance antérieure, l'article L. 622-17 du Code de commerce prévoit une exception : la compensation des créances connexes.

Pour être admise, la compensation, intervenant après le jugement d'ouverture, n'est possible

VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4, p. 22.

²⁶¹³ LEGROS (J.-P.), « Société en liquidation », *Rev. Sociétés*, n°5, mai 2013, comm. 90.

²⁶¹⁴ Cass. Com. 20 avr. 2017, n°15.25664, *Sté Elimmo et a. c/ M^e Mouillard, prés. SCP Gatineau et Fattacini, Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, n°24, p. 63, note ROUSSEL GALLE (P.).

²⁶¹⁵ Cass. Com. 19 nov. 2013, n°12-25925, M. R, ès qual. Liq. SARL BBS c/ M. S et a., F-PB (rejet pourvoi c/ CA Nîmes, ch. Civ, ch. 2 B, 31 mai 2012), *M. Espel, prés : SCP Nicolaj de Lanouvelle et Hannotin, Gaz. Pal.*, 14 janv. 2014, n°14, note ROUSSEL GALLE (P.).

²⁶¹⁶ Cass. Com. 6 mars 2019, n°17-17.686.

²⁶¹⁷ DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), « La conversion de créance en capital dans les entreprises en difficultés », *BJS*, 2009, p. 1129.

²⁶¹⁸ C. Com. Art. L. 641-3.

que sous certaines conditions²⁶¹⁹. Il faut que les créances soient certaines ou du moins vraisemblables, disponibles et connexes²⁶²⁰. La problématique porte généralement sur ce dernier critère de la connexité. En effet, la jurisprudence n'admet pas la compensation du compte courant créateur avec la libération d'un apport en numéraire lorsque l'entreprise est en procédure collective, faute de connexité²⁶²¹. Une jurisprudence constante affirme que « *la dette de l'actionnaire résulte de l'acte de société tandis que sa créance naît d'un autre contrat* »²⁶²². Ainsi, faute de connexité, la compensation n'est pas recevable.

Pourtant, les dernières réformes²⁶²³ ont favorisé ce mode de libération du capital lorsque l'entreprise subit des difficultés. La compensation sera effectivement bénéfique pour l'entreprise en difficulté, dans la mesure où elle va réduire le passif social exigible.

L'article L. 626-3 alinéa 4 du Code de commerce prévoit que : « *En cas d'augmentation du capital social prévu par le projet de plan, les associés ou actionnaires peuvent bénéficier de la compensation à concurrence du montant de leurs créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le projet de plan* »²⁶²⁴. Il convient d'approuver le professeur Saintourens lorsqu'il souligne que « *la règle existait déjà lorsque l'augmentation de capital résultait du contenu du plan tel qu'arrêté par le tribunal (C. Com. Art. L. 626-17). Son extension à l'hypothèse du projet de plan est une faveur pour les associés* »²⁶²⁵. Il est ainsi permis aux tiers, comme aux associés, de participer au financement de la société²⁶²⁶.

L'article L. 626-3 du Code de commerce vise indirectement l'associé créancier²⁶²⁷. En effet, les associés souhaitant participer à l'augmentation de capital pourront bénéficier de la

²⁶¹⁹ Contrairement au droit commun, les conditions d'exigibilité et de liquidité ne sont pas requises. V. Cass. Com. 28 avr. 2009, n°08-14.756, RTD com. 2009, p. 807, obs. MARTIN-SERF (A.).

²⁶²⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°716, p. 471.

²⁶²¹ Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-15.298, *M Aubert c/ Chaperon* : JurisData n°1997- 002187 ; D. Affaires, 1997. 762 ; *BJS*, 1997, p. 804, note CALENDINI (J.-M.) ; 18 janv. 2000, *Rev. Proc. Coll.*, 2002. 179, obs. LEBEL (C.) ; *RJDA*, 11/97, n°1357 ; CA Versailles, 17 mai 1990, *BJS*, 1990, p. 874, § 268, note BUTTET (E.) ; *BJS*, 1994, p. 91, note COURET (A.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 110, obs. GUYON (Y.) ; RTD Com., 2002, p. 372, n°7, obs. MARTIN-SERF et VALLENS (J.-L.).

²⁶²² Note Didier (P.), Cass. Com., 17 juill. 2001, *commune du Carla-Bayle c/ M. Brenac et a.*, *Rev. Sociétés*, 2002, p. 336.

²⁶²³ Ord. N°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ; Loi 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²⁶²⁴ Voir en ce sens : CERATI-GAUTHIER (A.), « La promotion de la « reprise interne » dans l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP éd. E*, n°36, 4 septembre 2014, 1435 ; LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté : gestion et restructuration », *Droit 360°/Entreprises en difficulté*, LexisNexis, 2012, p. 92, n°208 ; in ROUSSEL-GALLE (P.), *Entreprise en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012 ; DAMMAN ((R.), PODEUR (G.), « La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficulté », *BJS*, 2009, § 229, p. 1129, spéc. p. 1131 et s. ; BRUNET (A.), GHOZI (A.), « Société en difficulté : la transformation des créances en participation au capital », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (M.)*, LexisNexis, L.G.D.J., 2015, p. 165.

²⁶²⁵ SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°7.

²⁶²⁶ DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, 2 mars 2014.

²⁶²⁷ DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n°114.

compensation de leurs créances²⁶²⁸ et cela même si celle-ci ne sont pas connexes²⁶²⁹. Cette compensation sera possible sous réserve d'avoir déclaré leur créance à la procédure²⁶³⁰ et après une actualisation financière²⁶³¹.

L'article L. 626-3 alinéa 4 du Code de commerce a toute son importance car la jurisprudence ne reconnaît pas la connexité entre « *les apports non libérés et les sommes mises à la disposition de la société (avances en compte courant)* »²⁶³². Par cette disposition, les associés sont incités à demeurer dans la société en difficulté.

L'article L. 626-3 du Code de commerce tend à faciliter l'entrée d'un créancier dans le capital social. Ce texte permet aux créanciers de libérer leur apport, à la suite d'une augmentation de capital, par la compensation avec leurs créances²⁶³³. La seule condition tenant à l'application de cette disposition tient à une libération immédiate²⁶³⁴. Ces facilités permettent d'apurer le passif de la société et d'intégrer de nouveaux investisseurs par une participation dans le capital

²⁶²⁸ Cass. Com., 8 janv. 2002, n°98-22.976, D., 2002. AJ 485, obs. LIENHARD (A.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2002, n°59, obs. BOULAY ; *Bull. Joly*, 2002. 477, note LUCAS (F.-X.) ; *Dr. Sociétés*, 2002, n°112, note LEGROS ; RTD Com., 2002. 371, obs. MARTIN SERF (A.) ; *JCP éd. E*, 2002, II, 1639, n°3, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.).

LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, n°6, Juin 2014, Étude 11, spéc. 11 ; SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°7 ; COURET (A.), « Dépendance ou indépendance des qualités d'associé et d'apporteur en compte courants d'associés », *Bull. Joly*, 1992, n°1, p. 7.

À noter que le droit des sociétés prévoit aussi cette possibilité à l'article L. 225-128, al. 2 du Code de commerce, qui accepte la compensation en matière d'augmentation de capital.

²⁶²⁹ DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, 2014, Dossier 20, n°3.

La compensation légale ne sera toutefois possible qu'à la condition qu'ils détiennent une créance certaine, liquide et exigible sur la société : Cass. Com., 25 juin 2013, F-P+B, n°12-17. 583, D., 10 juill. 2013, note DELPECH (X.).

²⁶³⁰ Cass. Com., 8 nov. 1988, *Rev. Proc. Coll.*, 1989, n°2, p.159. Obs. SAINT-ALARY-HOUIN (C.).

²⁶³¹ Il y aura également lieu, le cas échéant, à une actualisation du montant de la créance. Il faut donc procéder à un calcul « *d'actualisation financière pour déterminer la valeur actuelle de sa créance* ». (PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°982, p. 426). La compensation avec le compte courant n'est donc possible que dans la mesure « *d'un calcul d'actualisation, dans le souci de respecter le principe de l'égalité des créanciers* » (BRIQUET (J.-M.), MARQUET (J.-Y.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, n°148, p. 43). Cette actualisation prendra donc en compte deux phénomènes, d'une part la perte de valeur des titres composant le capital et d'autre part, les remises de dettes et les délais de paiement attribués par les créanciers associés en exécution du plan (C. Com. Art. L. 626-17).

²⁶³² PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°982, p. 426. V. également sur le débat sur la connexité entre une augmentation de capital et une créance : URBAIN-PARLEANI, *Les comptes courants d'associé*, th., 1986, T. 189, bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., nos°635 et s., p. 370 ; LEGROS (J.-P.), *Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaire. – Sort de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 2390, 15 mars 2020, n°60.

²⁶³³ Dans un premier temps le législateur a permis aux créanciers de compenser leur créance avec la libération de leur apport effectuée lors d'une augmentation de capital. Puis, l'ordonnance du 18 décembre 2008 et la loi de régulation bancaire du 22 octobre 2010 ont prévu que les propositions de plan puissent aboutir à des conversions de créances en titre de capital. GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales*, Traité de droit des affaires, T. 2, RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), L.G.D.J., 21^{ème} éd, 2014, n°2529, p. 685.

²⁶³⁴ MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, 2014/3, p. 178 ; FRAIMOUT (J.-J.), « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, Mars 2014, dossier 19.

social²⁶³⁵. Il s'agit de substituer une augmentation des capitaux propres à une dette.

On peut encore s'interroger sur le contrôle de la créance soumise à la compensation.

Le droit des sociétés permet la compensation, sous certaines conditions. Les créances doivent faire l'objet d'un arrêté de compte établi par le conseil d'administration ou le directoire, certifié exact par le commissaire aux comptes. L'article L. 626-3 alinéa 4 du Code de commerce ne prévoit aucun contrôle de la créance soumise à la compensation. La question se pose alors de l'application du droit des sociétés et de l'article R. 225-134 du Code de commerce applicable aux sociétés anonymes.

En droit des procédures collectives, ces garanties seraient parfaitement « *superflues* »²⁶³⁶. La compensation en procédure collective ne peut être accordée que pour des créances admises. Ce critère d'admission suppose que ces créances aient été déclarées et vérifiées par le mandataire judiciaire²⁶³⁷, et encore être admises par l'ordonnance du juge-commissaire²⁶³⁸. C'est pourquoi les garanties prévues par le droit des sociétés seraient « *superfétatoires* », dans la mesure où l'ordonnance du juge-commissaire suffit à établir l'admissibilité de la créance à la compensation. Il convient donc d'écarter les règles du droit des sociétés et d'appliquer le droit spécial des entreprises en difficulté à ce cas de figure.

903. Conclusion Section II. Le principe d'indépendance entre la qualité d'associé et de créancier impose de traiter l'apporteur en compte courant uniquement comme un créancier. Ce principe explique que l'associé créancier ne soit pas tenu d'une participation au sauvetage de l'entreprise. Néanmoins, sans le contraindre, le droit des procédures collectives incite l'associé à opter pour ce mode de financement, notamment en favorisant la compensation des créances en compte courant avec la dette d'apport.

²⁶³⁵ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., Domat droit privé, 12^{ème} éd. 2020, n°1020, p. 682 ; COUTURIER (G.), *Droit des Sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, L.G.D.J., préface de HAELH (J.-P.), 2013, p. 202.

²⁶³⁶ V. en ce sens : MARTIN-SERF (A.), *Traité, Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°127.

²⁶³⁷ C. Com. Art. R. 624-1, al. 1.

²⁶³⁸ C. Com. Art. R. 624-2.

Conclusion du chapitre I

904. L'extension du principe de participation de l'associé ne doit pas se faire envers et contre tout. Plusieurs principes souverains dans notre droit positif ne peuvent être sacrifiés sur l'autel du sauvetage de l'entreprise. Il convient d'en rappeler les limites.

905. Parmi ces limites non franchies, on note celle de l'associé créancier, considéré dans sa qualité de créancier plutôt que celle d'associé. En débat, la qualité d'associé permet l'application du principe de participation au sauvetage de l'entreprise, alors que la qualité de créancier permet uniquement de l'inciter à apporter de nouveaux fonds. La place des créanciers dans le droit des entreprises en difficulté est en effet distincte de celle des associés.

Les créanciers bénéficient de règles les incitant à apporter de nouveaux fonds à l'entreprise en difficulté. Ils peuvent tout d'abord bénéficier du privilège de l'article L. 611-1 du Code de commerce, dit de « *new money* », en faveur des investisseurs qui apportent de nouveaux fonds pendant une procédure de conciliation. L'article fait d'ailleurs la distinction entre les associés et les créanciers, précisant expressément que les associés faisant un nouvel apport ne sont pas éligibles à ce privilège. Toujours afin d'inciter les créanciers à investir, le droit des procédures collectives leur accorde une protection contre une action en soutien abusif. L'associé créancier peut ainsi être incité à renflouer l'entreprise en difficulté.

906. Dans le même esprit, le droit des procédures collectives incite l'associé à investir dans le sauvetage de l'entreprise, notamment en acceptant la compensation des créances en compte courant avec la dette d'apport. La compensation suppose normalement plusieurs conditions lesquelles ne sont pas remplies lorsqu'il s'agit d'une dette d'apport et d'une créance sur la société. Jugée non connexe, la jurisprudence a toujours affirmé que la compensation de ces deux dettes n'était pas réalisable, du fait de l'indépendance des contrats sur lesquels elles reposent. La dette d'apport repose sur le contrat de société, alors que la créance en compte courant relève d'un simple contrat de prêt. Dans le contexte du droit des procédures collectives, cette compensation offre pourtant des avantages certains. Le législateur s'est ainsi affranchi de cette règle, en admettant la compensation entre la dette d'apport et la créance en compte courant. Pour défendre cette compensation, il est rappelé que la dette d'apport et la créance en compte courant font partie d'un même contrat, que certains auteurs ont pu qualifier de contrat économique.

907. Ainsi, le droit des procédures collectives utilise, soit le bâton, appliquant sans restriction le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, et exerçant un pouvoir de contrainte sur l'associé, soit la carotte, l'incitant à de nouvelles avances en compte courant. Ainsi, qu'il soit forcé ou incité, le droit des procédures collectives mettra tout en œuvre afin de faire participer l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

CHAPITRE II

L'associé uniquement incité à participer au sauvetage de l'entreprise par de nouveaux apports

908. En principe, le redressement de l'entreprise nécessitera une augmentation du capital, soit en faveur d'un tiers, soit en faveur d'un associé déjà présent²⁶³⁹. Certains auteurs soulignent que : « *L'augmentation de capital en numéraire qui a pour objet - dans une entreprise en difficulté - de corriger les déséquilibres du bilan et permettre la préservation de la confiance des partenaires, le capital social faisant fonction de garantie et pouvant par ailleurs permettre de renforcer la capacité d'emprunt* »²⁶⁴⁰. La difficulté sera de trouver cet apport de fonds, lequel sera subordonné, dans une majorité des cas à l'entrée d'un tiers.

909. La problématique est d'obtenir l'adhésion des associés sans laquelle l'opération sociétaire ne peut être envisagée. De par leur apport, les associés disposent du droit de participer aux assemblées²⁶⁴¹ et de conduire la politique de la société. La souveraineté de l'assemblée est un principe farouchement défendu par le droit des sociétés, devant être relativisé lorsque l'entreprise est en difficulté.

910. Cette contrainte dépend de la présence ou non d'un tiers souhaitant entrer dans le capital de la société. En dehors d'une reprise interne, la souveraineté de l'assemblée reste le principe, le législateur et la jurisprudence favorisent, par divers mécanismes, l'adoption par l'assemblée d'une augmentation du capital social.

911. Malgré l'ouverture de la procédure collective, les associés restent titulaires de leur droit de vote et maîtres des décisions affectant la structure de la personne morale. Le droit des entreprises en difficulté demeure alors, en principe, respectueux des principes du droit des sociétés, concernant l'adoption d'une augmentation de capital (**Section I**). Cependant, pour le sauvetage de la société et des parties prenantes, la jurisprudence et le législateur tendent à

²⁶³⁹ MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°1 ; CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305, n°10.

²⁶⁴⁰ MERCIER (J.-L.), KOPF (F.), « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, p. 47.

²⁶⁴¹ C. Civ. Art. 1844.

favoriser la réalisation des augmentations de capital en incitant l'associé à voter les mesures conditionnant la restructuration (**Section II**).

SECTION I

La réalisation de l'augmentation de capital social sans reprise interne soumise à la volonté des associés

912. Sauf application du dispositif d'augmentation du capital forcée, prévu à l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce, l'associé demeure en principe souverain s'agissant des modalités d'adoption d'une augmentation de capital social. La participation de l'associé reste donc libre malgré le caractère impérieux de cette restructuration pour la survie de l'entreprise. Aucune contrainte ne semble possible sans porter atteinte au principe d'intangibilité des engagements des associés (§I). Le droit des entreprises en difficulté laisse aussi relativement libres les associés quant au déclenchement l'exécution de cette opération sociétaire, en admettant tous les modes de participation à l'augmentation du capital et laissant le choix aux associés quant au moment de la décision de l'opération (§II).

§I - La liberté relative des associés de voter l'augmentation de capital social

913. Lorsque l'augmentation de capital n'est pas destinée à intégrer un tiers, le droit des entreprises en difficulté reste respectueux de la souveraineté des assemblées. Peu importe la situation de l'entreprise, l'associé ne peut se voir imposer des charges autres que celle auxquelles il s'est librement engagé²⁶⁴² Pourtant, la personne morale a besoin du soutien de ses associés, mais c'est à eux que revient la décision d'un nouvel apport en capital. C'est une liberté sous condition dès lors que leur refus d'augmenter le capital social pourra entraîner la résolution du plan (A). Forcer la décision serait en effet contraire au principe d'intangibilité des engagements des associés (B).

A) La souveraineté de l'assemblée confrontée au risque de la résolution du plan

914. L'adoption de l'augmentation du capital social dépend de la volonté des associés. En principe, aucune contrainte ne peut être exercée à l'encontre de l'associé pour le forcer à

²⁶⁴² Sauf reconstitution du capital prévue par l'article L. 631-9-1 du Code de commerce.

voter en faveur de l'augmentation du capital, il encourt néanmoins le risque de la résolution du plan comme conséquence de leur refus et si l'associé s'y était auparavant engagé dans les statuts à adopter cette restructuration.

915. Le vote d'une augmentation de capital en procédure collective. Il convient d'emblée de mentionner les textes concernant l'augmentation de capital lors d'une procédure collective.

Le droit des entreprises en difficulté évoque la modification du capital social au travers de la reconstitution des capitaux propres²⁶⁴³. L'article L. 626-3 alinéa 2 du Code de commerce dispose que l'assemblée peut « 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 »²⁶⁴⁴.

Selon une partie de la doctrine, cette disposition peut être appréciée indépendamment de la reconstitution des capitaux propres, même si elle est consignée au même alinéa²⁶⁴⁵. Il eût d'ailleurs été judicieux de marquer un peu plus l'indépendance entre ces deux opérations et de distinguer la reconstitution des capitaux propres du « *coup d'accordéon* ».

Il convient tout de même de saluer l'uniformisation du régime des modifications du capital et des modifications des statuts au sein d'un même article : l'article L. 626-3 du Code de commerce. Avant la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle²⁶⁴⁶, ce texte ne régissait pas les modifications des statuts. Celles-ci étaient alors prévues à l'article L. 626-15 du Code de commerce²⁶⁴⁷, abrogé par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. L'article L. 626-3 du Code de commerce régit désormais la convocation²⁶⁴⁸ et le vote de l'assemblée lorsque le plan prévoit une modification du capital ou des statuts.

916. La décision d'augmentation du capital social. La décision d'augmentation du capital social appartient aux assemblées mentionnées au premier alinéa de l'article L. 626-3

²⁶⁴³ Voir article C. Com. Art. L. 626-3, al. 2 : « Si du fait des pertes constatées dans les documents comptables les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social. Elle peut également être appelée à décider de la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan ».

²⁶⁴⁴ L'article L. 626-3 est applicable par renvoi de l'article C. Com. Art. L. 631-19, al. 2 au redressement judiciaire.

²⁶⁴⁵ RIPERT (G.), ROBLOT (P.), DELEBECQUE (P.), GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, T.2, L.G.D.J., 17^{ème} éd., 2004, n°3172-10.

²⁶⁴⁶ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²⁶⁴⁷ En cas de refus de l'assemblée, la conséquence sera la résolution du plan : Cass. com., 15 janv. 1991, n° 89-15.822, *Sté Hôtel du Centre c/ Clanet* : JurisData n° 1991-000140 ; *Bull. civ.*, 1991, IV, n° 27 ; *JCP éd. E*, 1991, I, 44, n° 7, obs. CABRILLAC (M.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.) ; *BJS*, 1991, p. 425, n°147, note LE CANNU (P.) ; *RJ. Com.*, 1991, p.385, note MERLE (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.).

²⁶⁴⁸ Cf. *Supra*. n°192.

du Code de commerce²⁶⁴⁹. Les associés sont les seuls à pouvoir décider d'une modification du capital ou d'une autre disposition statutaire²⁶⁵⁰. Selon madame Cerati Gauthier : « *L'associé n'est pas obligé de participer à l'augmentation de capital. Il continue en effet, en dépit de l'ouverture de la procédure, à pouvoir exercer librement ses droits d'associé parmi lesquels le droit de vote. Le tribunal n'est pas en mesure de se substituer aux associés pour décider de l'augmentation de capital, même si la survie de la société en dépend. Le refus de l'associé se traduira par l'anéantissement du plan* »²⁶⁵¹. L'augmentation du capital et la modification des statuts dépendent de la décision de l'assemblée et non de ceux du juge²⁶⁵². L'autorité de la chose jugée ou l'opposition des tiers ne peuvent contraindre les associés à adopter une augmentation du capital social même nécessaire²⁶⁵³.

Ainsi, comme le souligne le professeur Lucas : « *Le droit des procédures collectives apparaît ici respectueux du droit des sociétés et de la souveraineté des assemblés* »²⁶⁵⁴. La jurisprudence a rappelé ce principe à plusieurs reprises²⁶⁵⁵.

917. L'augmentation du capital soumise à l'acceptation préalable du plan par le juge. S'ils acceptent toutefois la modification du capital pour que la mise en œuvre de la modification soit réalisable, le juge devra encore apprécier l'opportunité d'une telle opération pour le plan²⁶⁵⁶.

Selon l'article L. 626-3 alinéa 3 du Code de commerce, « *les engagements pris par les actionnaires ou associés ou par de nouveaux souscripteurs sont subordonnés dans leur exécution à l'acceptation du plan par le*

²⁶⁴⁹ On peut aussi préciser le champ d'application de l'article L. 626-3 du Code de commerce qui se limite aux personnes morales de droit privé ayant un capital : soit les sociétés commerciales, civiles et les groupements d'intérêts économiques (MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises - Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl. Soc., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°6).

²⁶⁵⁰ DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « La conversion de créance en capital dans les entreprises en difficultés », *BJS*, 2009, p. 1129 ; BARBIERI (J.-F.), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA*, 30 septembre 2008 n°196, p. 6.

²⁶⁵¹ CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305.

²⁶⁵² COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté. Instruments de paiements et de crédit*, coll. Hypercours, Dalloz, 6^{ème} éd. 2017, n°383, p. 289.

²⁶⁵³ Le jugement arrêtant le plan peut simplement mentionner les modifications du capital social et non les imposer. Celles-ci sont soumises aux votes de l'assemblée des associés. V. en ce sens sur l'application de l'article L. 626-3 et L. 626-15 du Code de commerce : Cass. Com., 29 juill. 2013, n°12-18.902, *Gaz. Pal.*, 1 oct. 2013, n°274, note LEBEL (C.). V. également en ce sens : LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », *LPA*, 9 janvier 2002, n°7, p. 7.

²⁶⁵⁴ LUCAS (F.-X.), « 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 ? », *BJE*, 1 sept. 2013 n°5, p. 332.

²⁶⁵⁵ Cass. Com., 2 juill. 2013, n°12-18.902, F-PB, *BJE*, 1 nov. 2013, n°06, note MONSERIE-BON (M.-H.) ; Cass. Com., 25 sept. 2012, n°11-18.312, *BJE*, 1 nov. 2012, n°6, p. 362, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; V. également : Cass. com., 15 janv. 1991, n° 89-15.822, *Sté Hôtel du Centre c/ Clanet* : JurisData n° 1991-000140 ; *Bull. civ.* 1991, IV, n° 27 ; *JCP éd. E* 1991, I, 44, n° 7, obs. CABRILLAC (M.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.) ; *BJS*, 1991, p. 425, n°147, note LE CANNU (P.) ; *RJ. Com.*, 1991, p.385, note MERLE (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.).

²⁶⁵⁶ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°274.

tribunal »²⁶⁵⁷. La souveraineté de l'assemblée des associés concède ainsi une limite, dès lors que les décisions et les engagements pris par les associés doivent être approuvés par le juge, lequel se prononce sur le plan de continuation intégrant cette augmentation de capital²⁶⁵⁸. La décision de l'assemblée est ainsi suspendue à celle du juge²⁶⁵⁹, de même que la décision prise ne peut être issue d'un abus de minorité ou de majorité contraire à l'intérêt social²⁶⁶⁰.

Des décisions sont ainsi prises en période d'observation, mais elles pourront être revues au moment de l'adoption du plan. Les juges peuvent soumettre des modifications, mais ils ne peuvent pas les ordonner²⁶⁶¹. Il ne peut se substituer à l'assemblée des actionnaires pour voter une modification statutaire²⁶⁶², même indispensable au plan²⁶⁶³. Même si le tribunal dispose de moyens de contrainte²⁶⁶⁴, son rôle se limite à mettre l'associé face aux difficultés de la société. De son côté, l'assemblée ne peut, en théorie, refuser de voter la modification « *nécessaire à la réorganisation de l'entreprise* »²⁶⁶⁵, sans que le tribunal ne prononce la résolution du plan²⁶⁶⁶. Le refus des associés débouchera *de facto* sur un plan de cession ou la liquidation judiciaire de l'entreprise²⁶⁶⁷. L'augmentation de capital est régie par le droit des sociétés, mais c'est le tribunal qui détermine si l'augmentation de capital est cohérente avec le sauvetage de l'entreprise²⁶⁶⁸.

918. La résolution problématique du plan limitée au seul cas d'inexécution du débiteur. Une fois que le plan aura été arrêté par le tribunal et que la modification du capital sera adoptée par l'assemblée, les associés devront respecter leurs engagements de libération. Dans le cas où les associés ne respecteraient pas leur décision de modification du capital social²⁶⁶⁹, et donc d'honorer leurs engagements, le plan ne pourra plus être exécuté dans les

²⁶⁵⁷ Pour le redressement judiciaire. V article C. Com Art. L. 631-19, I°.

²⁶⁵⁸ C. Com. Art. L. 626-3 et L. 631-19, I.

²⁶⁵⁹ LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelles responsabilités ? (1Re partie) », *Rev. Proc. Coll.*, n°4. Juillet 2014, dossier 36.

²⁶⁶⁰ Cass. Com., 9 mars 1993, n°91-14.685, *BJS*, 1993, p. 537, § 152, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1993, JUR. P. 363, note GUYON (Y.) ; *Rev. Sociétés*, 1993, p. 403, note MERLE (P.).

²⁶⁶¹ LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelles responsabilités ? (1Re partie) », *Rev. Proc. Coll.*, n°4. Juillet 2014, dossier 36 ; LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté : liquidation de la société », *Droit 360°/Entreprises en difficulté*, in ROUSSEL-GALLE (P.), *Entreprise en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012, n°252, p. 108.

²⁶⁶² DOM (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires - Situation des associés*, Juris. Cl., Fasc. 2375, 15 sept. 2018, n°109.

²⁶⁶³ PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°982, p. 426.

²⁶⁶⁴ On peut penser notamment à l'utilisation de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, qui permet d'imposer sous certaines conditions, l'augmentation de capital ou la cession forcée des titres.

²⁶⁶⁵ C. Com. Art. L. 626-15.

²⁶⁶⁶ PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°982, p. 425.

²⁶⁶⁷ LUCAS (F.-X.), « 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 ? », *BJE*, 1 sept. 2013 n°5, p. 332.

²⁶⁶⁸ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., Domat droit privé, 12^{ème} éd., 2020, n°943, p. 639.

²⁶⁶⁹ Ils peuvent également refuser de libérer leurs parts ou actions.

conditions arrêtées par le tribunal. Il reviendra alors au débiteur, ou au commissaire à l'exécution du plan, de saisir le tribunal afin de procéder à une « *modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan* »²⁶⁷⁰.

À défaut de modification du plan, si la restructuration du capital social était essentielle à sa réussite, le tribunal peut prononcer la résolution du plan sur le fondement de l'article L. 626-27 du Code de commerce²⁶⁷¹, illustrée par un arrêt de la chambre commerciale du 15 janvier 1991²⁶⁷².

Le professeur Martin-Serf remarque que la rédaction de cet article L. 626-27 du Code de commerce est critiquable, dans la mesure où ce texte mentionne l'inexécution du « *débiteur* » et non celle de l'« *associé* »²⁶⁷³. Selon elle, le seul moyen d'utiliser ce texte, en cas de désengagement des associés ou de tout investisseur devant participer au capital, serait de prévoir directement dans le jugement arrêtant le plan que le défaut de mise en œuvre de la modification du capital social entraîne une résolution du plan. À défaut, la seule issue serait d'attendre la cessation des paiements, ce qui permettra alors de sortir de cette « *impasse juridique* » et d'utiliser l'article L. 626-27 du Code de commerce²⁶⁷⁴. Le texte précise que le débiteur doit exécuter ses engagements dans le délai fixé par le plan. Une interprétation du terme « *débiteur* », pris comme s'appliquant à tout redevable d'une obligation prévue par le plan paraît trop audacieuse. Malgré ces solutions, l'imperfection du texte demeure.

919. L'adoption de l'augmentation du capital social doit être arrêtée par le juge et adoptée par l'assemblée des associés. Cette restructuration soumise au vote et à l'engagement des associés ne pourra être contrainte, car la loi interdit d'augmenter les engagements des associés.

²⁶⁷⁰ C. Com. Art. L. 626-26, al. 1 ; V. en ce sens MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises - Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°131.

²⁶⁷¹ C. Com. Art. L. 626-27, I, al. 3 : « *Le tribunal qui a arrêté le plan peut, après avis du ministère public, en décider la résolution si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan* ».

²⁶⁷² Cass. com., 15 janv. 1991, n° 89-15.822, *Sté Hôtel du Centre c/ Clanet* : JurisData n° 1991-000140 ; *Bull. civ.*, 1991, IV, n° 27 ; *JCP éd. E*, 1991, I, 44, n° 7, obs. CABRILLAC (M.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.) ; *BJS*, 1991, p. 425, n°147, note LE CANNU (P.) ; *RJ. Com.*, 1991, p.385, note MERLE (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.).

²⁶⁷³ MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises - Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, nos°132 et s.

²⁶⁷⁴ *Ibid.*

B) L'impossibilité de forcer l'augmentation du capital sans heurter le principe d'intangibilité des engagements des associés

920. La question de la contrainte de l'associé, hors hypothèse d'une reprise interne, pourrait être posée. La réponse à cette question, opportune pour le sauvetage de l'entreprise, se heurte au principe de l'intangibilité des engagements des associés²⁶⁷⁵.

921. L'impossible contrainte de l'associé sur la décision d'augmenter le capital social. L'augmentation de capital semble être la réponse la plus adaptée à l'assainissement financier de la société. L'associé peut avoir un intérêt à souscrire de nouveaux apports pour voir l'entreprise se redresser, surtout s'il est tenu aux dettes sociales. Néanmoins, l'associé reste entièrement libre de souscrire ou pas à une augmentation de capital²⁶⁷⁶, peu importe les difficultés financières de la société²⁶⁷⁷. Le nouvel apport ne répond ainsi qu'à une motivation de nature économique ou personnelle de l'associé²⁶⁷⁸.

922. La limite posée par le principe d'intangibilité des engagements des associés. Cette solution découle directement de l'application du principe d'intangibilité des engagements des associés²⁶⁷⁹, applicable également en droit des entreprises en difficulté.

Ce principe est rappelé à l'alinéa 3 de l'article L. 626-10²⁶⁸⁰ du Code de commerce. La seule exception est la reconstitution du capital permettant l'accès d'un tiers²⁶⁸¹. L'obligation d'un nouvel apport ne faisant pas partie de ces dispositions, rien ne semble justifier une possible

²⁶⁷⁵ C. Civ Art. 1836. V. RIZZO (F.), « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », RTD com. 2000, p. 27.

²⁶⁷⁶ Sur l'absence d'un « devoir d'actionnaire » : DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, n°270 ; CERATI-GAUTIER (A.), *La société en procédure collective et associé entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, préface de MESTRE (J.), 2002, nos°526 et s., p. 385.

²⁶⁷⁷ CA Paris, 16 janv. 1987, *BJS*, 1989, p. 443, §. 161 ; Cass. Com., 19 oct. 1999, *BRDA*, 24/1999, n°5 ; Cass. Com., 19 oct. 1999, n°97-16.903, *BJS*, 1 janv. 2000, note COURET (A.) ; RTD Com., 2000, p. 105, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Rev. Sociétés*, 2000, p. 294, note GODON (L.). Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1989 : « l'arrêt retient que les dirigeants sociaux ou la majorité des associés ne pouvaient imposer à un associé un versement qu'il n'aurait pas accepté » ; Cass. Com., 7 mars 1989, n°87-12.882, RTD Com., 1990, p. 406, obs. CHAMPAUD (C.) ; *Deffrénois* 1989, p. 1280, obs. HONORAT (J.).

²⁶⁷⁸ RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd. 1949, n°111.

²⁶⁷⁹ C. Civ. Art. 1836, al. 2 : « En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ». Sur l'absence de faute de l'associé de refuser de contribuer à un appel de fonds : Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-14267, *GLS c/ SA Parys*, F-PB, EDCO, 1 oct. 2012, n°9, p. 2, note CAFFIN-MOI (M.) ; *Bull. Civ.*, IV, n°156 ; *Bull. Joly*, 2012, 693, note DONDERO (B.). Cité par LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd. 2019, *D.*, p. 428. Ce principe est rappelé pour les sociétés à responsabilité limitées à l'article L. 223-30 du Code de commerce. À l'article L. 153 et L. 225-96 du Code de commerce pour les sociétés anonymes et à l'article L. 227-19 du Code de commerce pour les sociétés par actions simplifiées.

²⁶⁸⁰ C. Com. Art. L. 626-10, al. 3 : « Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation, sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 626-3 ».

²⁶⁸¹ C. Com. Art. L. 626-3, al. 2.

augmentation des charges pécuniaires de l'associé²⁶⁸². Le tribunal ne peut donc contraindre l'associé à une augmentation de ses engagements. Cette stabilité des obligations des associés repose sur la théorie contractuelle de la société²⁶⁸³. Ainsi, même si l'assemblée vote à la majorité une augmentation de capital, l'associé ne sera pas tenu d'augmenter ses engagements sociaux²⁶⁸⁴. Dans cette hypothèse, ce sont les seuls associés les ayant votés qui devront y souscrire²⁶⁸⁵.

Les dispositions du droit des entreprises en difficulté vont également en ce sens, dès lors que l'ancien article L. 626-15 du Code de commerce²⁶⁸⁶ indiquait que le plan « *mentionne* » et non « *ordonne* » les modifications des statuts nécessaires à la réussite du plan²⁶⁸⁷. Le principe en matière d'augmentation de capital est donc la « *coopération volontaire* » des associés au sauvetage de la société²⁶⁸⁸. Monsieur Godon souligne que : « *Le soutien de l'entreprise en difficultés est donc simplement facultatif et le « devoir de l'actionnaire » [...] n'est en réalité assorti d'aucune sanction juridique* »²⁶⁸⁹.

Il avait également été jugé que l'on ne pouvait contourner ce principe d'intangibilité des engagements des associés en invoquant, de façon anticipée, l'obligation de l'associé de répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales. La Cour de cassation avait refusé de retenir ce moyen comme justification d'un « *appel de fonds complémentaires* »²⁶⁹⁰, même si cet appel de

²⁶⁸² « L'une des conséquences de ce droit à l'intangibilité des engagements sociaux est que, si un plan de continuation d'une société en redressement judiciaire prévoit des mesures de restructuration, le tribunal ne peut pas imposer l'augmentation de capital²⁶⁸². Si les associés ne la décident pas, le plan n'est pas adopté ou est frappé de caducité. De même le refus de voter une augmentation de capital, même nécessaire à la survie de la société, n'est pas en soi un abus de minorité » : GUYON (Y.), *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de GHESTIN (J.), L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002, n°50, p. 92.

²⁶⁸³ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th., Coll. Dr. Affaires et de l'Entreprise, éd. Economica, 1999, n° 106, p. 71.

²⁶⁸⁴ Certains auteurs admettent que le principe de responsabilité limitée figure parmi les droits propres des actionnaires (DU GARREAU DE LA MECHENIE, *Les droits propres des actionnaires*, th. Poitiers 1937 ; JEANTIN (M.), « le rôle du juge en droit des sociétés », in Mélanges en l'honneur de PERROT (R.), *D.*, 1996, p. 149), auquel ni l'assemblée, ni le conseil d'administration ne pourrait y porter atteinte (JOBERT (L.), « La notion d'augmentation des engagements des associés », *BJS*, 2004, p. 267, § 124) ; V. également : GUYON (Y.), *Traité des contrats : Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^e éd. 2002, n°94.

²⁶⁸⁵ Cass. Com., 7 mars 1989, n°87-12.882, *RTD Com.*, 1990, p. 406. obs. CHAMPAUD (C.). La validité d'une augmentation de capital suppose l'accord de tous les associés et la participation de chacun d'entre eux au vote : GODON (L.), *Les obligations des associés*, th., Coll. Dr. Des Affaires et de l'Entreprise, éd. Economica, 1999, p. 71, n° 107.

²⁶⁸⁶ Désormais incorporé par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle à l'article L. 626-3, al. 1.

²⁶⁸⁷ V. note GUYON (Y.), sous Cass. Com., 15 janv. 1991, n° 89-15.822, *Sté Hôtel du Centre c/ Clanet*, *Rev. Sociétés*, 1991, 383.

²⁶⁸⁸ En ce sens : note GUYON (Y.), sous Cass. Com. 15 janv. 1991, n° 89-15.822, *Sté Hôtel du Centre c/ Clanet*, *Rev. Sociétés* 1991, 383.

²⁶⁸⁹ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th., Coll. Dr. des Affaires et de l'Entreprise, éd. Economica, 1999, n° 114, p. 75.

²⁶⁹⁰ Cass. Com., 7 mars 1989, n°87-12.882, *RTD Com.*, 1990, p. 406, note CHAMPAUD (C.).

fonds était motivé par l'intérêt social.

L'implication de l'associé pourrait ainsi, dans ce cas particulier, être assimilé à une simple obligation naturelle²⁶⁹¹, qui ne pourrait faire l'objet d'aucune exécution forcée. Il faudrait en déduire que le principe naissant impliquant l'associé dans le sauvetage de l'entreprise est encore dépendant de la volonté des associés, lorsqu'il s'agit d'augmenter les fonds propres hors cas d'une reprise interne. Que l'on soit dans le cadre d'une entreprise en difficulté ou d'une société *in bonis*, la loi n'oblige pas l'associé à augmenter ses engagements, en faisant un nouvel apport²⁶⁹² ou en se portant caution²⁶⁹³, en dehors l'application de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce.

923. L'associé contraint de respecter ses engagements statutaires. Toutefois, une clause statutaire adoptée à l'unanimité pourrait imposer aux associés un financement complémentaire²⁶⁹⁴. Un associé a ainsi la possibilité de renoncer à l'intangibilité de ses engagements²⁶⁹⁵. Cette renonciation a été acceptée par la jurisprudence²⁶⁹⁶. En l'absence de mention dans les statuts, la jurisprudence refuse toute augmentation des engagements des associés²⁶⁹⁷. Cette participation nouvelle aux pertes donnerait compétence aux dirigeants pour appeler les associés à contribuer, par un nouvel effort de trésorerie, à rembourser par exemple des prêts bancaires²⁶⁹⁸ et assurer ainsi le traitement des difficultés de la société. L'exécution forcée n'en serait alors plus tout à fait une, provenant de l'exécution de la clause et non d'une demande d'apport nouveau, de nature à violer le principe d'intangibilité des engagements des

²⁶⁹¹ V. Sur l'obligation naturelle : GOBERT (M.), *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, th. 1957, Sirey.

²⁶⁹² V. En ce sens : CA Paris, 13 juin 1985, RJ com., 1986. 185, note VIDAL ; « Lorsque le plan de continuation comporte des mesures de restructuration, le tribunal ne peut imposer l'adoption des modifications statutaires correspondantes, en l'espèce une augmentation de capital, qui sont subordonnées au vote favorable des associés » : Cass. com., 15 janv. 1991, n° 89-15.822, *Sté Hôtel du Centre c/ Clanet* : JurisData n° 1991-000140 ; *Bull. civ.*, 1991, IV, n° 27 ; *JCP éd. E* 1991, I, 44, n° 7, obs. CABRILLAC (M.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.) ; *BJS*, 1991, p. 425, n°147, note LE CANNU (P.) ; *RJ. Com.*, 1991, p. 385, note MERLE (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.).

²⁶⁹³ Un associé s'était vu imposer de cautionner un plan de cession d'actif et un plan de continuation : Cass. com., 15 janv. 1991, n° 89-15.822, *Sté Hôtel du Centre c/ Clanet* : JurisData n° 1991-000140 ; *Bull. civ.*, 1991, IV, n° 27 ; *JCP éd. E* 1991, I, 44, n° 7, obs. CABRILLAC (M.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.) ; *BJS*, 1991, p. 425, n°147, note LE CANNU (P.) ; *RJ. Com.*, 1991, p.385, note MERLE (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.).

²⁶⁹⁴ GODON (L.), *Les obligations des associés*, th., Coll. Dr. Affaires et de l'entreprise, Economica, 1999, n°272, p. 180.

²⁶⁹⁵ SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 2002, n°115, p. 61.

²⁶⁹⁶ Cass. Civ., 8 nov. 1988, *Bull. Civ.*, I, n°313 ; Cass. Com., 7 mars 1989, *Bull. Civ.*, IV, n°81 ; *Rev. Sociétés*, 1989, 473, note CHARTIER (Y.) ; Commune aux deux arrêts : Cass. Com. 3 déc. 1991, *Rev. Sociétés*, 1992, 305, note GUYON (Y.).

²⁶⁹⁷ *Ibid.*

²⁶⁹⁸ CA Paris, 1^{er} déc. 1999, *Bull. Joly*, 2000. 741, n°177, note VALLANSAN (J.).

associés²⁶⁹⁹. L'associé est alors débiteur d'obligations librement consenties à l'égard de la personne morale, dans la limite de ses capacités.

Il a été jugé que s'engager à redresser la société dans une cession d'actions ne valait pas engagement de participer à une augmentation de capital social postérieurement à cette cession d'actions²⁷⁰⁰.

En l'espèce, l'actionnaire majoritaire de la société en difficulté avait cédé une fraction de ses actions à un groupe de sociétés et à certains de ses dirigeants. Quelques temps après, il est apparu nécessaire à la survie de l'entreprise d'adopter une augmentation de capital. L'opération n'a pas été réalisée en raison d'un refus des nouveaux associés, jugeant cette opération inopportune.

La Cour de cassation a jugé que le cessionnaire s'était seulement engagé à acquérir les actions, sans consentir à aucune autre obligation. Ainsi, les juges ont considéré que la promesse de redresser la société n'était qu'une obligation de moyens²⁷⁰¹. Il en aurait été autrement si les actionnaires avaient pris l'engagement de combler les besoins en trésorerie de la société²⁷⁰².

Dans le cas d'un refus de l'associé, celui-ci supportera une lourde responsabilité vis-à-vis des créanciers et des partenaires de l'entreprise²⁷⁰³. Certains opteraient pour une mesure plus radicale, avec possibilité pour le juge d'opposer au refus une astreinte. Le juge pourrait alors nommer un mandataire votant à la place de l'associé refusant l'augmentation de capital comme cela peut être le cas pour la reconstitution du capital²⁷⁰⁴ ou pour l'augmentation du capital avec reprise interne²⁷⁰⁵. Il n'y aurait pas d'immixtion du pouvoir judiciaire dès lors que l'associé aurait en amont donné son consentement²⁷⁰⁶.

924. Ainsi, en dehors du cas où l'associé se serait préalablement engagé contractuellement à participer à l'augmentation de capital, il serait impossible de le contraindre.

²⁶⁹⁹ C. Com. Art. L. 1836, al. 2.

²⁷⁰⁰ Cass. Com., 4 nov. 2008, n°07-16.099, F-D, *SA SEEB Finance c/ Société civad*, JurisData n°2008-045756, *Dr. Sociétés* n°1, janv. 2009, comm. 8, note HOVASSE (H.).

²⁷⁰¹ HOVASSE (H.), « Promesse de redressement n'est pas promesse de souscrire à une augmentation de capital », *Dr. Sociétés* n°1, Janvier 2009, comm.8.

²⁷⁰² Cass. Com., 20 févr. 2007, n°05-18.882, FP+B, *Waintraub c/ Sté Balmain* : JurisData n°2007-037498, *Dr. Sociétés*, 2007, comm. 74, obs. HOVASSE (H.).

²⁷⁰³ MARTIN-SERF (A.), *Sanvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises - Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°29 ; LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté : liquidation de la société », in ROUSSEL-GALLE (P.), *Entreprise en difficulté*, 2012, LexisNexis, Droit 360°, LexisNexis, 2012, p. 108, n°253.

²⁷⁰⁴ C. Com. Art. L. 631-9-1.

²⁷⁰⁵ C. Com. Art. L. 631-19-2.

²⁷⁰⁶ LUCAS (F.-X.), *Restructuration des sociétés en difficulté*, in RAIMBOURG (P.)(Dir.),BOIZARD (M.)(Dir.), *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, D., 2009-2010, n°97-42.

Au-delà du vote de l'opération, l'associé demeurera relativement libre dans l'adoption des modalités de l'augmentation du capital.

§II - La liberté des associés sur le choix des modalités de l'augmentation du capital

925. Les sociétés en difficulté ont un besoin urgent d'augmenter leurs fonds propres, aussi le droit des entreprises en difficulté semble admettre toutes les formes d'apports. Néanmoins, il conviendra d'étudier la pertinence des différentes techniques d'augmentation du capital pour le sauvetage de l'entreprise en difficulté **(A)**. La problématique sera de déterminer à quel moment de la procédure la décision d'augmentation de capital devra être effective afin d'assurer sa réussite **(B)**.

A) L'admission de tous les modes de participation à l'augmentation du capital social

926. Le droit des entreprises en difficulté permet aux associés de participer à l'augmentation de capital, en admettant toutes les formes d'apports, facilitant la consolidation des fonds propres.

927. Les différentes techniques d'augmentation du capital social. Plusieurs articles du Livre VI du Code de commerce mentionnent la possibilité d'une modification du capital²⁷⁰⁷, ou plus précisément d'une augmentation de celui-ci. Cependant, aucune disposition ne détaille les modalités de cette opération sociétaire. Dans le silence des textes, il semblerait donc qu'aucune technique ne doive être écartée, et donc que toutes les formes d'apport en capital soient autorisés²⁷⁰⁸.

928. Augmentation de capital par apport en numéraire. L'augmentation de capital par apport en numéraire est l'opération la plus classique et la plus fréquemment pratiquée par les associés de sociétés en procédure collective. Cette opération permet à la société d'obtenir de la trésorerie²⁷⁰⁹.

²⁷⁰⁷ C. Com. Art. L. 626-3.

²⁷⁰⁸ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc., Dalloz, avril 2018, nos^o267 et s.

²⁷⁰⁹ MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n^o91, p. 49.

929. L'augmentation de capital par apport en nature. D'autres techniques d'augmentation du capital sont plus controversées. C'est le cas notamment de l'augmentation de capital par apport en nature²⁷¹⁰. Le professeur Saint-Alary-Houin remarque que l'article L. 626-3 du Code de commerce relatif à l'augmentation de capital ne prévoit que deux possibilités d'augmentation des fonds propres : soit par l'apport en numéraire, soit par la compensation avec des créances liquides et exigibles²⁷¹¹.

L'absence de mention relative à l'augmentation de capital par apport en nature ne serait que l'expression de la volonté du législateur, qui a peut-être voulu l'exclure du champ d'application des procédures collectives²⁷¹². Leur utilité est très réduite pendant la préparation du plan²⁷¹³, en effet la société en difficulté a essentiellement besoin d'apports en numéraire.

Pour autant, il semble que l'augmentation de capital par apport en nature ne doive pas être exclue²⁷¹⁴, même si elle semble moins opportune que celle issue d'apports en numéraire²⁷¹⁵. Elle reste cependant utile et alors qu'aucun texte ne semble l'exclure, il faut éventuellement considérer qu'elle a été omise du texte de l'article L. 626-3 du Code de commerce.

930. L'application du droit des sociétés pour la procédure d'évaluation de l'apport en nature. La principale difficulté est d'évaluer l'apport en nature. En l'absence de modalités sur la procédure d'évaluation des apports en nature en procédure collective, il semble que le droit commun doive s'appliquer²⁷¹⁶. Cette solution du droit commun semble être également à retenir pour les sanctions. Donc en cas de fraude ou de méconnaissance du

²⁷¹⁰ L'article 1843-3 du Code civil précise que les « *apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à disposition effective des biens* ». L'apport en nature peut donc porter sur tout type de bien corporel ou incorporel, meubles, immeubles, droits, créances, sauf les sommes d'argent qui sont rangées dans la catégorie des apports en numéraire : MONSERIE-BON (M.-H.), GROSCLAUDE (L.), *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016, n°82, p. 47.

²⁷¹¹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat Dr. Privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°1021, p. 683.

²⁷¹² *Ibid.*

²⁷¹³ MARTIN-SERF (A.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises - Effets à l'égard de la personne morale*, Juris. Cl., Fasc. 41-45, 9 juin 2017, n°19.

²⁷¹⁴ DAIGRE (J.-J.), *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. D. Soc, Dalloz, avril 2018, n°269 ; LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté : gestion et restructuration », in ROUSSEL-GALLE (P.), *Entreprise en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012, p. 111, n°262.

²⁷¹⁵ JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial – Entreprise en difficulté*, Précis, D., 7^{ème} éd. 2006, n°924.

²⁷¹⁶ Il faut donc se référer à l'article L. 223-9 de Code de commerce pour les SARL. Cet article dispense les SARL sous certaines conditions d'être dispensées de la procédure de désignation d'un commissaire chargé d'évaluer les apports. De plus, conformément à l'article L. 223-9 du Code de commerce, les associés peuvent retenir une valeur de l'apport en nature différente de celle proposée par le commissaire aux comptes. Ce qui laisse une possibilité de réévaluation en plus ou en moins. Les associés s'engagent pendant cinq ans à être responsables solidairement à l'égard des tiers (C. Com. Art. L. 223-9, al. 4). Pour les autres sociétés par action, un commissaire aux apports sera nommé, dans les conditions prévues à l'article L. 225-8 du Code de commerce, pour établir un rapport sur l'évaluation de l'apport d'une créance par exemple. V. en ce sens : LUCAS (F.-X.), *Restructuration des sociétés en difficulté*, in RAIMBOURG (P.)(Dir.) BOIZARD (M.)(Dir.), *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, D., 2009-2010, n°97-36.

formalisme du droit commun, l'associé et le commissaire aux apports peuvent être poursuivis au civil et au pénal²⁷¹⁷.

Ce formalisme lourd lié à l'évaluation de l'apport en nature ne milite pas en faveur de ce mode d'augmentation de capital. La responsabilité des organes de la procédure pouvant être engagée, sur l'évaluation de l'apport en nature, elle suscite des réticences pour ce type d'opération.

Un assouplissement de ces sanctions dans le cadre d'une société en procédure collective pourrait être envisagé. L'urgence, qui est de mise lorsque la société subit des difficultés, pourrait être l'un des motifs de cette distinction entre les règles du droit des sociétés et celles du droit spécial. La mise en place d'un régime de sanctions propres au droit des entreprises en difficulté assure surtout une meilleure chance de survie pour l'entreprise en favorisant l'apport en nature.

931. Augmentation de capital par incorporation des réserves ou des primes d'émission. Outre l'augmentation de capital par apport en nature, d'autres auteurs se sont interrogés sur l'efficacité d'une augmentation de capital par incorporation des réserves²⁷¹⁸. Plusieurs types de fonds peuvent être incorporés au compte capital. Il peut s'agir de réserves ou de primes d'émission. L'incorporation des créances d'associés²⁷¹⁹ ou de tiers doit être appréhendée différemment, dans la mesure où elle consiste en une conversion des dettes de la société en capital. De telles opérations ne constituent pas un enrichissement de la société, mais « *un simple jeu d'écriture* » entre différents comptes du passif²⁷²⁰.

Pourtant, l'incorporation des réserves ou des primes d'émission est reçue favorablement par les créanciers qui voient leur gage consolidé aussi qu'une possibilité d'intégrer le capital²⁷²¹. En effet, le capital est, de tous les types de financement admissibles, celui qui présente le plus de pérennité pour la société et les créanciers. L'incorporation des créances permet également de diminuer le passif exigible de la société, et d'assainir sensiblement sa situation financière.

932. Même en procédure collective, l'associé demeure donc libre de participer à l'augmentation de capital par n'importe quel apport. Il reste également souverain concernant le moment de la décision de cette restructuration.

²⁷¹⁷ C. Com. Art. L. 242-2 ; Applicable aux sociétés anonymes et par renvoi aux sociétés en commandite par actions (C. Com. Art. L. 243-1) et aux sociétés par actions simplifiées (C. Com. Art. L. 244-1).

²⁷¹⁸ Les réserves sont le résultat d'une « *politique d'épargne* » par les associés, qui n'ont pas souhaité distribuer le bénéfice réalisé : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2030, n°1368, p. 529.

²⁷¹⁹ Cf. *Infra*. n°895.

²⁷²⁰ MOULIN (J.-M.), *Société Anonymes. -Droit des actionnaires*, Juris-Cl., Fasc. 1484, 15 oct. 2020, n°70.

²⁷²¹ Parfois ce sont même les banquiers qui exigent la capitalisation des réserves, comme condition à leurs concours. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 33^{ème} éd. 2020, n°1368, p. 529.

B) La liberté des associés quant à l'opportunité du moment de la prise de décision de l'augmentation de capital

933. Aucune précision ne semble avoir été apportée quant au moment de la décision d'augmenter le capital social. Si la convocation des associés aux fins de voter une augmentation de capital semble pouvoir être effectuée pendant la période d'observation ou après l'adoption du plan, il semble plus opportun d'opter pour la première solution.

934. Le moment de l'augmentation de capital. En procédure de sauvegarde, les modifications du capital peuvent intervenir soit pendant la période d'observation et conditionner par la suite l'adoption du plan, soit être imposées par le jugement arrêtant le plan²⁷²².

Si l'on reprend la lettre de l'article L. 626-3 alinéa 2 du Code de commerce, l'assemblée peut être appelée pour voter « *la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan* ». Cela suppose que l'assemblée soit convoquée avant le jugement arrêtant le plan²⁷²³.

Dans le contexte d'une procédure de redressement judiciaire, l'avant dernier alinéa du I de l'article L. 631-19 du Code de commerce dispose que le moment est venu d'augmenter le capital « *lorsqu'une ou plusieurs personnes autres que les associés ou actionnaires s'engagent à exécuter le plan de redressement, sous la condition d'une participation au capital de la société à l'égard de laquelle la procédure a été ouverte* ». Cet article, introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014, démontre d'une part la volonté du législateur de favoriser l'entrée dans le capital des créanciers par la conversion de créance²⁷²⁴, d'autre part, d'éviter qu'un plan voté favorablement par les comités de créanciers ou l'assemblée des obligataires, ne soit bloqué par le vote de l'assemblée générale des associés s'opposant à l'entrée du tiers dans le capital²⁷²⁵. Ce texte invite donc l'assemblée des associés à se prononcer en amont de l'adoption du plan.

²⁷²²LEGROS (J.-P.), « Sociétés et droit des entreprises en difficulté : liquidation de la société », in ROUSSEL-GALLE (P.), *Entreprise en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012, n°262, p111.

²⁷²³ *Ibid.*

²⁷²⁴ DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, p. 752.

²⁷²⁵ PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 2015, nos°529 et s. ; Dans le même sens : SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

En pratique, les modifications du capital sont généralement négociées et décidées lors de la période d'observation. C'est à ce moment-là qu'interviennent les convocations des assemblées, mais également la décision portant sur l'opération de modification du capital²⁷²⁶. La jurisprudence a toutefois admis que la restructuration du capital soit mise en œuvre en exécution d'un jugement arrêtant le plan²⁷²⁷. Bien sûr l'assemblée générale est convoquée postérieurement à l'arrêté du plan avec « *le risque d'une décision négative* »²⁷²⁸. Comme le souligne madame Bourbouloux, il « *est nettement préférable, de façon générale, de convoquer l'AG au cours de la préparation du plan* »²⁷²⁹.

L'associé demeure libre de voter une augmentation de capital, sans que le pouvoir judiciaire ne puisse lui imposer une quelconque contrainte. Néanmoins, le juge dispose d'un pouvoir de contrôle sur cette restructuration. C'est pourquoi, il semble plus opportun d'envisager cette modification du capital pendant la période d'observation, afin d'éviter un vote hostile à la réalisation de cette opération sociétaire.

935. Si le droit des entreprises en difficulté ne prévoit aucun mécanisme permettant de contraindre les associés à voter une augmentation de capital, d'autres mesures pourront être utilisées afin de les inciter à participer au sauvetage de l'entreprise.

936. Conclusion Section I. L'étude révèle que, dans le cadre d'une augmentation de capital, le traitement de la participation de l'associé varie en fonction de l'existence ou non d'une reprise interne. En l'absence de tiers souhaitant intégrer le capital social de la société, l'associé demeure souverain concernant la décision d'augmentation de capital. Protégé par le principe d'intangibilité des engagements des associés, il semble difficile de le contraindre à une participation financière supplémentaire.

²⁷²⁶ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat Dr. Privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd. 2020, n°941, p. 638.

²⁷²⁷ V. en ce sens : Cass. Com., 6 mars 1990, n°88-11.500, *D.*, 1990, p. 218, DERRIDA (F.) ; *JCP éd. G*, 1990, II, 21513, note BOLARD (G.).

²⁷²⁸ DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, 2 mars 2014, spéc. N°3 ; V. également JEANTIN (M.), « La continuation de l'entreprise in Le souci d'éviter la faillite », *RJ com.*, 1996, numéro spécial., p. 45.

²⁷²⁹ PEROCHON (F.), BOURBOULOUX (H.), « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *Rev. Proc. Coll.*, 2014, n°4, juillet-août, dossier 30, spéc. n°25 ; Dans le même sens : PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014, n°882, p. 386.

SECTION II

L'associé incité à adopter l'augmentation du capital social

937. Le refus par l'associé d'adopter une augmentation de capital peut présenter un risque important pour le sauvetage de l'entreprise. Celui-ci peut toutefois être incité à participer au sauvetage de l'entreprise. Le dirigeant aura pour mission de tout mettre en œuvre afin de s'assurer de son adoption par l'assemblée (§I). Le juge pourra également favoriser l'adoption de la délibération de modification du capital social en baissant les conditions de majorité (§II).

§I - Le devoir du dirigeant d'inciter les associés à voter l'augmentation du capital social

938. Lorsque la société est en difficulté, le dirigeant se doit de sensibiliser les associés quant à la nécessité d'une augmentation de capital. Un arrêt de la Cour de cassation a retenu une faute de gestion à l'encontre du dirigeant défaillant n'ayant pas tout mis en œuvre afin d'assurer la restructuration du capital.

939. **Le dirigeant responsable d'une faute de gestion pour ne pas avoir tenté de persuader les associés de l'utilité d'une augmentation de capital.** Un récent arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2016 juge que constitue une faute de gestion, le fait de ne pas avoir tenté d'obtenir une augmentation de capital lorsqu'elle s'avère nécessaire à la survie de la société²⁷³⁰.

En l'espèce, une société a été mise en liquidation judiciaire, le liquidateur a assigné en responsabilité pour insuffisance d'actif le président de la société débitrice, ainsi que la société Yeson, en sa qualité d'ancien dirigeant de cette dernière. Le président de la société a finalement été condamné pour ne pas avoir tenté de procéder à une augmentation de capital.

Même si la décision d'augmenter le capital revient aux associés²⁷³¹, c'est le dirigeant qui est en

²⁷³⁰ Selon l'attendu de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2016 n°14-23.310 : « si les apports de fonds à une société sont le fait des associés et non des dirigeants, qui ne peuvent, dès lors, se voir reprocher l'absence d'augmentation du capital, l'arrêt retient à bon droit que ces dirigeants peuvent cependant commettre une faute de gestion s'ils ne tentent pas d'obtenir une telle augmentation, lorsqu'elle s'avère nécessaire à la survie de la société. »

²⁷³¹ C. Com. Art. L. 227-9.

position de susciter cette décision²⁷³². La Cour de cassation a jugé que « *si les apports de fonds à une société sont le fait des associés et non des dirigeants, qui ne peuvent, dès lors, se voir reprocher l'absence d'augmentation du capital, l'arrêt retient à bon droit que ces dirigeants peuvent cependant commettre une faute de gestion s'ils ne tentent pas d'obtenir une telle augmentation, lorsqu'elle s'avère nécessaire à la survie de la société* ». Le défaut d'initiative du dirigeant ne pourra ainsi être caractérisé que si cette augmentation de capital qu'il a négligée « *s'avère nécessaire à la survie de la société* ». Cette condition est difficile à prouver. Il est en effet délicat de juger si l'augmentation de capital pourrait sauver la société. Il faut en outre démontrer que le dirigeant a négligé d'obtenir cette augmentation de capital salvatrice. Il est donc laissé au juge le soin d'apprécier si le dirigeant a tout mis en œuvre pour parvenir à un vote positif des associés.

Le dirigeant doit réagir en cas de perte du capital social, ou de changement du minimum légal de ce dernier, sous peine de commettre une faute de gestion. Monsieur Grossi pense qu'on : « *lui reproche son manque de réaction face aux difficultés de la société, de poursuivre une exploitation déficitaire* »²⁷³³. Le dirigeant doit tout mettre en œuvre pour assurer les intérêts de la société²⁷³⁴. Celui-ci a un devoir de soutien constant de la société. Que l'entreprise soit prospère ou qu'elle soit sur le point de disparaître, il doit en permanence intervenir dans la vie sociale. Monsieur Grossi suppose alors qu'on est « *en présence d'un devoir continu, dont l'exécution s'échelonne dans le temps, la durée du mandat social conditionnant le devoir d'agir. Ce dernier prend fin seulement lorsque les fonctions directoriales cessent* »²⁷³⁵. Le dirigeant peut être alors être condamné s'il « *a connaissance de la situation préoccupante de la société et laisse poursuivre une activité ruineuse jusqu'à la cessation des paiements, et ce, en dépit de son éloignement. L'absence physique ne justifie pas l'inaction. Le dirigeant a été condamné en comblement de passif* »²⁷³⁶.

Cet arrêt fait donc émerger une obligation de moyens pesant sur le dirigeant, devant assurer les restructurations nécessaires à la survie de la société. Tout comme l'associé, le dirigeant ne doit être passif, il doit promouvoir activement le redressement de l'entreprise. En effet, « *bien gérer, c'est aussi anticiper et savoir préparer le navire avant la tempête* »²⁷³⁷. On note que les obligations du dirigeant s'accroissent, alors que ce sont les associés qui disposent du pouvoir de décider de la

²⁷³² Sur la faute de gestion du dirigeant social et l'augmentation de capital : Cass. Com., 12 juillet. 2016, n°14-23310, F-D, *BJE*, 1 nov. 2016, n°6, p. 438, note FAVARIO (T.) ; Cass. Com., 12 juillet. 2016, n°14-23.310, ECLI, *BJE*, 1 mars 2017, n°3, p. 195 ID, *BJS*, 116d2, note de MOUIAL-BASSILANA (E.).

²⁷³³ GROSSI (I.), *Les devoirs des des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, th. Aix-Marseille, 1998, n°62.

²⁷³⁴ *Ibid.*, n°63.

²⁷³⁵ *Ibid.*, n°66.

²⁷³⁶ *Ibid.*, n°66.

²⁷³⁷ V. note : Cass. Com., 12 juillet. 2016, n°14-23.310, ECLI, *BJE*, 1 mars 2017, n°03, p. 195 ID, *BJS*, 116d2, note de MOUIAL-BASSILANA (E.).

restructuration du capital.

Cette décision est une évolution remarquable dans un contexte où la jurisprudence ne qualifie pas de faute de gestion la sous-capitalisation *ab initio* d'une société²⁷³⁸. De même, pour le défaut de régularisation dans le délai de deux ans de la situation des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social²⁷³⁹, le juge n'a pas relevé une faute de gestion. En revanche, il n'en irait pas de même pour le défaut d'initiative et de participation en faveur d'une augmentation de capital par le dirigeant lors d'une procédure collective²⁷⁴⁰. La jurisprudence²⁷⁴¹ a pu rappeler que l'augmentation de capital, et plus généralement les décisions prises en assemblée, ne sont pas des opérations de gestion²⁷⁴².

940. Ainsi, le dirigeant joue un rôle dans la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, en l'informant du risque que peut entraîner le refus d'adopter une augmentation du capital social. Cette influence pourra être cumulée avec le pouvoir dont dispose le juge sur les conditions de majorité.

²⁷³⁸ Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, publié au bulletin ; Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *FS-P+B, Ribette c/ SEL Hirou* : JurisData n°2015-005248 ; *BJE*, n° avr. 2015, p. 4, obs. DIZEL (M.) ; *Act. Proc. Coll.* 2015/7, comm. 107, note VALLANSAN (J.) ; LEDEN, n°4, avril 2015, note RUBELLIN (P.) ; Cass. Com., 10 mars 2015, *Dr. Sociétés* n°6, juin 2015, comm. 17, note LEGROS (J.-P.) ; Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505. *Gaz. Pal.* Ed spécialisée, vendredi 8 mai au mardi 12 mai 2015, n°128 à 132, comm. ZATTARA-GROS (A.-F.) ; *Dr. Sociétés*, n°10, novembre 2015, comm. 64, comm. MORTIER (R.) ; Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *P+B, Ribette c/ Ollard, Sté Louis et Laurent Hirou* : JurisData n°2015-005248 ; *JCP éd. E* 2015, 1338, note DONDERO (B.) ; *BJE*, juillet-août, 2015, p. 248, note FAVARO (T.) ; Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, PB : *JCP éd. E* 2015, 1261, note DONDERO (B.).

²⁷³⁹ Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15755, (F.-D.), *BJS*, mars 2016, n°114q7, p. 157, note HEINRICH (J.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2016, comm. 93. Note MARTIN-SERF (A.).

²⁷⁴⁰ Alors que les juges du fonds avaient considéré à tort que l'augmentation de capital était une opération de gestion. La cour de cassation a rappelé que la décision d'augmenter le capital appartenait à l'assemblée des associés et ne pouvait donc pas constituer une faute de gestion. V. En ce sens. Cass. Com., 25 sept. 2012, n°11-18.312, *BJE*, 1 nov. 2012, n°6, p. 362, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; Cass. Com., 25 sept. 2012, n°11-18.312, *BJS*, 1 janv. 2013, n°01, p. 48, note PARACHKEVOVA (I.).

²⁷⁴¹ CA Paris, 1^{er} ch. A, 28 nov. 1990, *BJS*, févr. 1991, p. 182, n°57, note JEANTIN (M.) ; Sur le fait que les décisions des assemblées ne sont pas des opérations de gestions : Cass. Com., 14 déc. 1993, n°92-21.225 : *JCP éd. E*, 1994, II, 567, obs. GUYON (Y.) ; Cass. Com., 30 mai 1989, n°87-18.083, *Bull. civ.*, IV, n°174 ; *Rev. Sociétés*, 1989, p. 87.

²⁷⁴² L'augmentation de capital n'est pas une opération de gestion, donc un expert de gestion ne peut avoir pour mission de présenter un rapport sur la valeur des parts sociales et l'intérêt de l'opération pour la société dans le cadre d'un redressement. Cette solution semble également juste, car l'utilisation d'une expertise de gestion aurait pu faire l'objet d'abus afin d'éviter la dilution de l'associé minoritaire et causer un préjudice temporel à la société en difficulté. De plus, l'arrêt vient mettre fin à un possible amalgame qui pourrait être fait entre l'expert en gestion et l'expert en diagnostic d'entreprise prévu par le droit des entreprises en difficulté à l'article L. 813-1 du Code de commerce. Solution qui renforce l'autonomie du droit des entreprises en difficulté (Cass. Com. 25 sept. 2012, n°11-18312, *BJS*, 1 janv. 2013, n°1, p. 48, note PARACHKEVOVA (I.)). L'associé pourra toutefois recourir à une expertise *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Sous condition qu'il y ait un motif légitime de conserver ou établir avant tout procès la preuve de fait dont pourrait dépendre la solution du litige. L'expertise peut donc porter sur une décision prise en assemblée. V. en ce sens : Cass. Com., 25 sept. 2012, n°11-18312, *BJE*, 1 nov. 2012, n°6, p. 362, note CERATI-GAUTHIER (A.).

§II - L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit de vote des associés

941. Le droit des entreprises en difficulté reste, de façon générale, respectueux du principe de la souveraineté de l'assemblée. L'administrateur pourra toutefois essayer d'influencer le vote des associés. Enfin, cette pression exercée sur les associés par l'organe judiciaire pourra être renforcée par le juge, lequel dispose de la possibilité de modifier les conditions de majorité aux fins de faciliter l'adoption de l'augmentation du capital social.

942. L'influence de l'administrateur sur le vote de l'associé. L'administrateur pourra utiliser plusieurs moyens de pression puissants contre l'associé afin de le contraindre à apporter de nouveaux fonds dans la société. Tout d'abord, le cas échéant, l'entrée d'un nouveau partenaire financier pourrait entraîner une dilution forcée de sa participation²⁷⁴³ ou une cession forcée de ses titres²⁷⁴⁴ en cas de refus de l'opération d'augmentation de capital. Donc même s'il n'existe pas d'obligation positive d'effectuer un nouvel apport, la loi donne quelques moyens pour peser sur les décisions des associés réfractaires. Le droit des entreprises en difficulté laisse donc à l'associé la possibilité de choisir de quitter la société et de se trouver spectateur du sauvetage de l'entreprise, ou de consentir des efforts et demeurer maître de celle-ci. Le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté n'est donc totalement pas remis en cause.

943. Des conditions de vote facilitées par le droit des entreprises en difficulté. Pour ce qui est des conditions de vote, le principe est que l'augmentation du capital se fait aux conditions habituelles de majorité²⁷⁴⁵. Néanmoins, l'alinéa premier de l'article L. 626-3 du Code de commerce permet au tribunal de modifier les conditions de vote de façon à faciliter l'adoption de la mesure et d'éviter les blocages²⁷⁴⁶. Le législateur est venu habilement orienter le vote des associés en faveur de l'augmentation de capital²⁷⁴⁷.

En effet, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014²⁷⁴⁸, le tribunal peut, lors d'une modification du

²⁷⁴³ C. Com. Art. L. 631-19-2, 1°.

²⁷⁴⁴ C. Com. Art. L. 631-19-1, al. 1 ; C. Com. Art. L. 631-19-2, 2°.

²⁷⁴⁵ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSERIE-BON (M.-H.)(Conc.), HOUIN-BRESSAND (C.)(Conc.), *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé, L.G.D.J., 12^{ème} éd., 2020, n°943, p. 639.

²⁷⁴⁶ ROUSSEL-GALLE (P.), « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. Sociétés*, 2014, p. 551.

²⁷⁴⁷ CERATI-GAUTHIER (A.), « La promotion de la « reprise interne » dans l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP éd. E* n°36, 4 septembre 2014, 1435.

²⁷⁴⁸ Introduit par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, l'article L. 626-16-1 du Code de commerce est repris par l'article L. 626-3 du Code de commerce depuis la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

capital²⁷⁴⁹, imposer que l'assemblée « *statuera, sur sa 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* »²⁷⁵⁰. Le législateur insère donc une disposition générale, touchant à la fois à la majorité et au quorum nécessaire à l'application de la mesure. Il faudra que les associés ou actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote. Lorsque cela s'avérera nécessaire, le tribunal pourra utiliser ce texte²⁷⁵¹.

Plusieurs « *pièges* » de ce dispositif doivent toutefois être identifiés²⁷⁵². Le but poursuivi par le législateur est de faciliter l'adoption par l'assemblée générale de la mesure à la majorité simple de voix²⁷⁵³, sans pour autant que cette majorité simple ne soit celle d'un groupe d'associés trop restreint, qui se caractérise par une augmentation du quorum²⁷⁵⁴. Cette exigence de quorum plus élevé pourrait faire échec au vote. Le texte ne prend en compte que la majorité des « *voix* », ce qui implique la possible application d'une convention de vote²⁷⁵⁵. Le professeur Saintourens pense également que : « *l'abaissement à la majorité simple de la condition d'adoption d'une modification statutaire pourrait bien inciter un associé simplement majoritaire à profiter de la circonstance pour obtenir une modification des statuts qu'il n'aurait pas été possible de faire voter en application des règles du droit des sociétés* »²⁷⁵⁶. Le dispositif pourrait alors faire l'objet de stratégie de la part de certains associés²⁷⁵⁷. Selon le professeur Monsérié-Bon²⁷⁵⁸, il est intéressant de remarquer que cette atteinte faite au droit des sociétés, n'est assortie d'aucune condition. Laisant au tribunal la liberté d'apprécier

²⁷⁴⁹ On parle de « *modification du capital* », terme décevant car il ne renvoie à aucune disposition juridique. Surtout que par modification, on renvoie à l'augmentation et à la réduction du capital social. V. en ce sens : 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*, 1 octobre 2015 n°10, p. 521.

²⁷⁵⁰ Cet abaissement du quorum a pu notamment être bénéfique pour la société parapétrolière CGG mis en procédure collective et qui n'avait pas pu lors de la première convocation réunir le quorum, mais l'opération sociétaire a pu être réalisé grâce à cet article et atteindre le quorum nécessaire et la majorité pour l'adoption de cette restructuration. Même si cet article manque d'efficacité dans le cadre d'une société cotée en procédure collective : GOLSHANI (S.), « Le poids des actionnaires minoritaires », *BJE*, 1 juill. 2018, n°04, p. 322.

²⁷⁵¹ MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, 1 mai 2014, p. 178, spéc. 179.

²⁷⁵² SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°10.

²⁷⁵³ En droit des sociétés et dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, les décisions sont adoptées à la majorité des 2/3 alors qu'avec ce texte on abaisse l'adoption de la résolution à la majorité simple.

²⁷⁵⁴ En droit des sociétés et plus exactement dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, le quorum est atteint lorsqu'un quart des parts ou actions ayant le droit de vote sont représenté alors qu'il est de la moitié pour l'application de ce texte.

²⁷⁵⁵ SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

²⁷⁵⁶ SAINTOURENS (B.), « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°10.

²⁷⁵⁷ *Ibid.*

²⁷⁵⁸ MONSERIE-BON (M.-H.), « les associés », in MACORIG-VENIER (F.) (Dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 103.

l'intérêt de cette mesure, et naviguant au plus près de l'écueil de l'immixtion caractérisée du pouvoir judiciaire dans les affaires de l'entreprise. On peut se demander quelle est la légitimité du juge pour apprécier quelles sont les restructurations nécessaires au sauvetage de l'entreprise²⁷⁵⁹. Il eût été peut-être plus habile de laisser cette compétence à un organe de la procédure.

Alors que certains trouvent cette mesure « *protectrice* » des associés²⁷⁶⁰, d'autres la trouvent au contraire « *dangereuse* »²⁷⁶¹. En réalité, l'effet est très différent pour les majoritaires et les minoritaires. Elle sera avantageuse pour les majoritaires qui pourront plus facilement passer outre le vote hostile des minoritaires. Au contraire, elle pourra présenter un risque pour les associés ou actionnaires minoritaires qui, dès la mise en place d'une procédure de sauvegarde, pourront se voir imposer une modification du capital. Il y aurait là une possibilité de contourner le long processus judiciaire de reconnaissance d'un abus de minorité²⁷⁶².

L'article L. 626-3 alinéa 1 du Code de commerce institue donc deux atteintes au droit des sociétés : d'une part, le vote se fera à la majorité simple plutôt qu'à celle des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés²⁷⁶³ ; d'autre part, les associés présents doivent être titulaires d'au moins la moitié des droits de vote plutôt que d'un quart des actions ayant le droit de vote²⁷⁶⁴.

944. Les conditions d'utilisation de la modulation des règles d'adoption. La question se pose de savoir si cette possibilité de moduler les conditions de majorité et de quorum de l'assemblée doit être écartée quand ce sont les organes compétents qui convoquent l'assemblée.

L'ancien article L. 626-16-1 du Code de commerce²⁷⁶⁵, abrogé par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle imposait la condition que le tribunal ait donné mandat à l'administrateur afin de convoquer les assemblées²⁷⁶⁶. Le tribunal pouvait alors modifier les conditions

²⁷⁵⁹ Bien que l'on peut noter qu'apprécier les mesures nécessaires au sauvetage de l'entreprise en difficulté font partie de leurs attributions quand il s'agit d'arrêter un plan.

²⁷⁶⁰ MONSERIE-BON (M.-H.), « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, mai 2014, p. 178.

²⁷⁶¹ LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelle responsabilité ? (1^{ère} partie) », *Rev. Proc. Coll.*, Juill. 2014, dossier 36, §7.

²⁷⁶² MONSERIE-BON (M.-H.), « les associés », in MACORIG-VENIER (F.) (Dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 103.

²⁷⁶³ Pour les sociétés anonymes : C. Com. Art. L. 225-96, al. 3.

²⁷⁶⁴ Pour les sociétés anonymes : C. Com. Art. L. 225-96, al. 2.

²⁷⁶⁵ C. Com. Art. L. 626-16 : « *En cas de nécessité, le jugement qui arrête le plan donne mandat à l'administrateur de convoquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, l'assemblée compétente pour mettre en œuvre les modifications prévues par le plan* ».

²⁷⁶⁶ En application de l'article L. 626-16 du Code de commerce.

d'adoption d'une délibération, uniquement si un administrateur avait été nommé. Désormais, l'article L. 626-3 alinéa 1 du Code de commerce, reprenant l'article L. 626-16-1 du Code de commerce, ne prévoit plus cette condition. La présence d'un administrateur semble ainsi avoir disparu, ce qui est opportun dans la mesure où la suppression de cette exigence permet d'étendre l'application de la mesure.

De plus, ce n'était qu' « *en cas de nécessité* »²⁷⁶⁷, conformément à l'article L. 626-16 abrogé, que le tribunal pouvait agir sur les conditions de vote des assemblées. Cette restriction assez vague autorisait une certaine latitude au pouvoir judiciaire pour apprécier la nécessité d'une modification des statuts. Dans un souci d'uniformisation du champ d'application des modifications du capital et des statuts, l'article L. 626-16-1 a été abrogé pour être inséré à l'article L. 626-3. L'alinéa premier de cette loi dispose cette fois que le tribunal peut décider d'un abaissement des conditions d'adoption des modifications du capital ou des statuts. La condition posée par l'ancien article L. 626-16-1 du Code de commerce a disparu. Le législateur prévoit désormais une mesure plus autoritaire, puisque le tribunal a la possibilité de modifier les conditions d'adoption d'une restructuration.

945. Par voie de conséquence, le législateur laisse à l'assemblée des associés le soin de décider de l'opportunité de l'augmentation du capital, mais il permet en parallèle au tribunal de moduler les conditions de majorité afin de favoriser l'augmentation du capital social.

946. Conclusion Section II. Soucieux du maintien du principe d'intangibilité des engagements des associés, le législateur n'a pas souhaité instaurer une contrainte générale et absolue obligeant ces derniers à accorder de nouveaux apports à l'entreprise. Le droit des procédures collectives procède alors différemment, jouant notamment sur les modalités du vote de l'opération afin de favoriser l'adoption de la restructuration. L'associé pourra également être incité par le dirigeant.

²⁷⁶⁷ LEGROS (J.-P.), « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, juin 2014, n°6, ét. 11.

Conclusion du chapitre II

947. Il s'agissait de démontrer que l'extension du principe de participation au sauvetage de l'entreprise en difficulté comporte certaines limites, dont l'impossibilité de contraindre l'associé à faire de nouveaux apports.

948. Cette impossibilité de contraindre l'associé à faire de nouveaux apports suppose ainsi de ne pas lui imposer une augmentation du capital. Les réformes du droit des entreprises en difficulté concernant l'associé ont notamment instauré un dispositif d'augmentation du capital forcée. Ce dispositif est cependant conditionné à une reprise interne. En dehors de l'entrée d'un tiers, l'augmentation de capital ne peut être imposée car elle aurait pour effet de contraindre l'associé à faire de nouveaux apports, ce qui serait donc contraire au principe d'intangibilité des engagements des associés. En outre, l'associé demeure souverain quand aux modalités de cette augmentation et du type d'apport qu'il souhaite ainsi que du moment de l'augmentation du capital social.

949. Le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté, étant inopérant dans certaines situations, le droit des procédures collectives l'incite à participer au sauvetage de l'entreprise. La jurisprudence tout d'abord impose au dirigeant de s'impliquer et si possible de convaincre les associés à participer au sauvetage de l'entreprise. Ensuite, le législateur est venu apporter sa contribution en permettant au tribunal de modifier les conditions de majorité et de quorum pour favoriser l'adoption de l'augmentation du capital.

950. Ainsi, le droit des procédures collectives traite de façon différente l'augmentation du capital, selon qu'elle est faite en vue d'une reprise interne ou non. En présence d'une reprise interne, on pourra appliquer, sous certaines conditions, le dispositif d'augmentation du capital forcé. En dehors d'une reprise interne, le principe de participation de l'associé trouvera sa limite, la loi et la jurisprudence se bornant à inciter l'associé à financer l'entreprise en difficulté.

Conclusion du titre II

951. Si l'associé est désormais contraint de participer au sauvetage de l'entreprise, on ne peut l'obliger à apporter de nouveaux fonds, que ce soit par l'octroi de nouveaux apports ou par de nouvelles avances en compte courant.

952. En effet, la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise demeure limitée.

Notre droit des affaires veille au maintien du principe d'intangibilité des engagements des associés. La responsabilité limitée de la société va en effet protéger l'associé contre toute demande de fonds supplémentaires, cela même si l'entreprise est en difficulté. L'associé demeure ainsi libre de faire de nouveaux apports à la société en difficulté. On retrouve la même limite pour l'associé créancier en compte courant. Là encore, l'associé créancier demeure libre d'avancer de nouveaux fonds à la société en difficulté.

953. Lorsque l'entreprise est en difficulté, la recherche de fonds constitue une étape quasi inévitable. Dans cette quête, l'associé devrait être le premier contributeur, témoignant ainsi de sa confiance à l'entreprise. Néanmoins, considérant le risque inhérent à un financement accordé à une entreprise en difficulté, le droit des entreprises en difficulté prévoit des mesures incitant l'associé à venir en aide à l'entreprise en difficulté. Il ne s'agit donc plus de l'y contraindre.

Ainsi, même si l'adoption d'une augmentation du capital social est souvent fondamentale pour le sauvetage de l'entreprise, la souveraineté de l'assemblée demeure de mise. Tout au plus, le juge pourra-t-il moduler les conditions de majorité et de quorum afin de faciliter son adoption des résolutions nécessaires à l'augmentation de capital. Le dirigeant a aussi son rôle à jouer, dans la mesure où la jurisprudence lui impose de convaincre les associés à voter cette restructuration du capital.

Plusieurs mesures permettent également l'apport de nouveaux fonds par le biais du compte courant. L'associé pourrait alors opter pour ce mode de financement, très avantageux lors d'une procédure de conciliation puisqu'il est éligible au privilège de new money. Il sera aussi intéressant en procédure collective. Le droit des procédures collectives assure une certaine protection aux investisseurs contre une action en soutien abusif. À noter enfin que le solde du compte courant pourra être compensé avec la dette d'apport de l'associé.

954. Ainsi, le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise se traduit par des mesures coercitives prises contre l'associé, l'obligeant à aider l'entreprise en difficulté. L'apport et l'avance de nouveaux fonds constituent ainsi la limite de notre principe. L'associé ne peut en ce cas être contraint, il pourra toutefois être incité à participer au sauvetage de l'entreprise et décharger les créanciers du poids de ce sauvetage qui pèse le plus souvent sur eux.

Conclusion de la partie III

955. Cette partie plus prospective a permis de déterminer les possibilités d'extension mais aussi les limites à la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

956. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le législateur a introduit en droit des entreprises en difficulté des mesures permettant de favoriser la restructuration de la société en difficulté. Favoriser la reprise de l'entreprise dans certaines situations fut l'une des motivations des dernières réformes. L'entrée d'un tiers dans le capital peut intervenir, soit par une augmentation de capital, soit par une cession de titres. La Loi Macron fut à cet égard décisive, en ce qu'elle permit de contraindre les associés lors de ces deux opérations. Il est regrettable que le dispositif de l'article L. 631-19-2, 1° se limite à une augmentation du capital forcée. Alors que la jurisprudence a progressivement levé tous les obstacles qui entouraient le coup d'accordéon avec réduction du capital à zéro, le législateur n'a pas concrétisé cette idée. L'instauration d'un dispositif de coup d'accordéon forcé aurait pourtant tout son sens au regard de cette finalité qui est de favoriser les reprises en interne, destituant les associés en présence. Une telle révision de l'article L. 631-19-2, 1° n'est donc pas inenvisageable.

957. De plus, l'étude de la place de l'associé au sein des procédures collectives a révélé que le législateur avait prévu plusieurs mesures afin d'empêcher l'associé de mettre en danger la société. Il peut alors paraître surprenant que l'associé créancier conserve le droit de demander le remboursement de son compte courant à tout moment. La pratique a pourtant révélé que ce droit pouvait être fatal à une entreprise en difficulté. Afin de comprendre le choix du législateur, il faut se plonger dans le débat qui oppose la doctrine sur la qualité juridique de l'apporteur en compte courant. La qualité de créancier est celle qui est majoritairement retenue par la doctrine, à cause de la nature de l'avance en compte courant qui doit effectivement être assimilée à une créance. Néanmoins, il semblait tout aussi juste de dire que le titulaire de l'avance en compte courant a la double qualité d'associé et de créancier. La prise en compte de la seule qualité de créancier peut faire peser des risques lourds sur le sauvetage de l'entreprise, au contraire, considérant la qualité d'associé de l'apporteur en compte courant et étendant le principe de participation de l'associé à cette matière, la faculté de remboursement du compte courant de l'associé pouvait être restreinte. Il serait opportun de reconsidérer cette liberté laissée à l'associé dans le remboursement de son compte courant.

958. Il ressort des récentes réformes du droit des entreprises en difficulté que l'associé doit contribuer à l'effort commun lorsque l'entreprise est en difficulté. L'étude des nouvelles mesures touchant l'associé démontre que sa participation dans ce cadre se limite aux engagements qu'il a souscrits. L'associé est simplement contraint au respect de ses obligations librement consenties. Ainsi, l'associé ne peut être contraint à une nouvelle obligation ou un devoir. Sa participation financière se limite ainsi à libérer l'apport dès le jugement d'ouverture ou à reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social. En aucun cas il ne peut être contraint à l'apport de nouveaux fonds. Toute augmentation de capital, hors reprise interne, repose ainsi sur la décision libre de l'assemblée. Les associés seront encore souverains concernant les modalités de cette augmentation. Le droit des sociétés continue alors à s'appliquer. De même, l'associé créancier ne pourra se voir imposer de nouvelles avances en compte courant.

Il est notable que le législateur ne put contraindre l'associé à une participation au sauvetage de l'entreprise, il utilisa donc un autre stratagème. Bloqué par le principe d'intangibilité des engagements des associés, mais aussi par des motivations économiques, le législateur contourna habilement l'obstacle, incitant l'associé à participer à l'effort commun. Privé de mesures coercitives, le droit des entreprises en difficulté prévoit plusieurs mesures incitatives pour l'associé investisseur. Les avantages que procurent ces dispositions aux associés investisseurs favorisent le sauvetage de nombreuses entreprises. Le risque que prend l'associé misant sur une entité économique en déperdition, lequel justifie une contrepartie positive. Ainsi, le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise repose sur certaines contraintes mais sur l'incitation lorsqu'il s'agit de financements nouveaux.

959. L'extension du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise est envisageable. Néanmoins, il sera difficile de prévoir des contraintes, rompant avec l'idée de la responsabilité limitée des sociétés, pouvant forcer l'associé à procurer des financements auxquels il n'aurait pas consenti.

Conclusion générale

961. Une conclusion revient à « *tirer une proposition, une conséquence d'un élément ou d'un ensemble d'éléments abstraits ou concrets à la suite d'une observation attentive ou par le moyen d'un raisonnement* »²⁷⁶⁸. Il s'agit dès lors de tirer les conséquences de ce travail sur la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

962. Un premier travail fut entrepris concernant l'identification du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise en difficulté. Ce principe, encore sous-jacent en droit des entreprises en difficulté, résulte de la convergence de plusieurs textes vers plus de contribution en faveur du sauvetage de l'entreprise. Il s'agissait alors de démontrer puis de classer les différentes manifestations de ce principe.

963. Le droit des procédures collectives prévoit ainsi de contraindre l'associé à s'acquitter de ses obligations, lui imposant des restructurations essentielles à la survie de l'entreprise.

En effet, l'associé est souvent considéré comme le premier débiteur de la société, se doit d'être le premier à payer ses dettes. Dans le contexte d'une procédure collective, cette exigence est désormais consacrée par l'article L. 624-20 du Code de commerce qui rend l'apport exigible dès le jugement d'ouverture. Grâce à cette mesure, l'entreprise en difficulté pourra tout d'abord rendre l'associé débiteur de son obligation de libération et ensuite envisager des restructurations, supposant un capital entièrement libéré. Cette contrainte de l'associé, marque une réelle fracture avec le droit des sociétés. Contrairement au droit des sociétés, qui confère à l'associé une certaine protection, le droit des procédures collectives n'hésite pas à porter atteinte à ses droits, quitte à s'opposer au contrat de société. Le mandataire judiciaire aura parfois pour mission d'appeler l'apport non libéré, veillent au respect de cette obligation. Il est toutefois regrettable que le législateur se soit fondé sur une conception désuète du capital social entendu comme un gage des créanciers plutôt que sur l'intérêt de l'entreprise pour attribuer cette compétence d'appel de l'apport non versé. Cette conception gêne la consécration d'un principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. On saluera toutefois le choix du législateur de contraindre uniquement les associés présents avant le jugement d'ouverture. Les

²⁷⁶⁸ [https://www.lalanguefrancaise.com/dictionnaire/definition-conclure/#:~:text=Tirer%20une%20proposition%2C%20une%20cons%C3%A9quence,\(confer%20d%C3%A9duire%2C%20inf%C3%A9rer\),](https://www.lalanguefrancaise.com/dictionnaire/definition-conclure/#:~:text=Tirer%20une%20proposition%2C%20une%20cons%C3%A9quence,(confer%20d%C3%A9duire%2C%20inf%C3%A9rer),) le 21/10/2021.

modalités régissant les nouveaux apports doivent demeurer suffisamment souples pour ne pas décourager la bonne volonté des investisseurs.

La place de l'associé en droit des procédures collectives est encore fragilisée lorsque le législateur lui impose de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social. Le sauvetage de l'entreprise justifie pourtant une telle mesure, laquelle présente un double intérêt, celui de contraindre l'associé à apporter de l'argent frais et, le cas échéant, celui de favoriser une reprise interne. L'associé sera en partie épargné en procédure de sauvegarde pouvant tout au plus se trouver convoqué aux fins de voter la reconstitution des capitaux propres. Le principe de participation trouvera une réelle application en procédure de redressement judiciaire car l'associé pourra être contraint de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social.

964. S'agissant d'assurer la reprise interne de l'entreprise, le droit des procédures collectives sera encore très intrusif. Le droit des entreprises en difficulté permet de sacrifier l'associé au profit d'un tiers providentiel, capable de redresser l'entreprise en péril. Les deux modes de reprise interne, par voie d'augmentation du capital ou par cession des titres, peuvent dès-lors être forcés en procédure de redressement judiciaire.

La loi Macron n°2015-990 du 6 août 2015 a tout d'abord instauré à l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce un dispositif d'augmentation du capital forcé. Cette disposition donne pouvoir à un mandataire de voter en lieu et place des associés réfractaires. Elle permet de neutraliser l'associé qui s'opposerait à une reprise interne. L'atteinte faite aux droits de l'associé est importante et a conduit le législateur à l'encadrer rigoureusement l'application de cette mesure afin de passer le filtre du conseil constitutionnel. Outre l'imprécision de ces modalités, on peut regretter l'exigence et le nombre des conditions qui entourent cette mesure. En assurant la conformité du texte aux exigences constitutionnelles, le législateur a gravement entamé son efficacité. On peut aussi être surpris que ce dispositif qui tend à favoriser une reprise interne, laisse aux associés le pouvoir d'y faire échec en participant à l'augmentation de capital. L'allègement et la précision de ce dispositif paraissent souhaitables.

En ce qui concerne la reprise interne par voie de la cession forcée de titres, la loi Macron est moins innovante puisqu'il était déjà admis de céder les titres de l'associé dirigeant. Néanmoins, elle porte encore un coup aux droits de l'associé, en ce qu'elle va permettre cette fois d'évincer tout associé refusant de voter une augmentation de capital. Bien que cette mesure ne puisse être assimilée à une sanction, c'est encore l'associé qui est sacrifié pour l'intérêt économique supérieur du sauvetage de l'entreprise.

Cette première étude a permis l'identification du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, et a révélé que le droit des entreprises en difficulté contraint à des degrés divers l'associé à participer au financement et à la restructuration de l'entreprise en difficulté. Elle a aussi démontré les lacunes de ce principe, lequel demeure à certains égards encore trop imprécis et trop conditionné.

965. Une fois, le principe clairement identifié, un second travail pu être mené afin de le qualifier juridiquement. L'idée est alors de déterminer le fondement et la nature juridique des contraintes mises à la charge de l'associé.

966. L'émergence de cet assujettissement des intérêts de l'associé à ceux de l'entreprise constitue une curiosité dans notre droit. L'orientation était généralement à l'inverse, avec une domination de l'associé sur les intérêts de l'entreprise. La réponse à ce bouleversement devait alors être recherchée dans les fondements du principe. L'observation des différentes mesures révèle que le principe repose sur deux fondements qui sont : les difficultés de l'entreprise et la qualité d'associé.

967. La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise suppose un état avancé de ses difficultés de cette dernière. Cette participation de l'associé ne trouve ainsi application qu'en droit des entreprises en difficulté. C'est en effet l'urgence dans laquelle l'entreprise se trouve qui impose ces mesures coercitives à l'égard de l'associé. Dans cette logique, la participation de l'associé évolue en fonction des difficultés de l'entreprise. On a pu constater que plus les difficultés de l'entreprise étaient importantes, plus l'atteinte faite aux droits de l'associé devenait importante. C'est lors d'une procédure de redressement judiciaire que le principe de participation de l'associé pourra trouver pleinement application. La préservation de l'ordre public économique a conduit le législateur à consacrer la notion d'un intérêt propre de l'entreprise. On peut aussi rattacher ce principe à d'autres théories prônant la même idée, comme la théorie de la société institution ou la théorie du risque. Le droit des procédures collectives se démarque ainsi du droit des sociétés et renverse une hiérarchie qui semblait acquise en faisant du sauvetage de l'entreprise sa priorité au détriment éventuel de l'associé.

L'autre fondement de cette participation réside dans la qualité même d'associé. Le droit des procédures collectives ne sanctionne pas l'associé en créant une nouvelle obligation, il ne fait que s'appuyer sur les engagements de celui-ci, par des obligations ou des devoirs, pour le contraindre à apporter son aide à l'entreprise. La procédure collective ne vient que rappeler à l'associé les obligations dont il est le débiteur, celle de libérer l'apport et l'obligation de

reconstitution des capitaux propres. Malgré ces nouvelles contraintes, le principe d'intangibilité des engagements des associés demeure respecté. La même solution ressort de la contrainte qui est faite à l'associé de voter dans le sens de l'intérêt social, ce qui peut être vu comme une manifestation du devoir d'affectio societatis. Poussé par sa mission de sauvetage de l'entreprise, le droit des procédures collectives a changé notre vision de la notion d'associé en instrumentalisant à sa guise les obligations et les devoirs qui y sont attachés.

968. Une fois le principe posé et fondé, il fut opportun de déterminer la nature juridique de ces contraintes, ainsi que les sanctions et le régime qui en découlent.

Ce principe recèle bien des mystères. Il est en effet fluctuant, difficile à saisir car selon les hypothèses que l'on mette en cause des implications patrimoniales ou extrapatrimoniales il va venir se loger dans des notions telles que l'obligation ou le devoir. On peut ainsi parler de principe dont la nature juridique est hybride. L'utilisation par le droit de ces deux véhicules différents pour faire circuler un seul et même principe, nous emmène à repenser les frontières de ces notions d'obligation et de devoir et à constater l'existence d'un certain malaise quant à leur appréhension par le droit. Il faut se rendre à l'évidence, le législateur tente par tous les moyens de contraindre les associés à sauver l'entreprise. Ainsi, même si le principe est un, sa nature juridique est duale. Celui-ci va se parer des atours de l'obligation lorsque la contrainte est de nature financière, faisant usage de ses caractères coercitifs. S'agissant du droit de vote et autres droits extrapatrimoniaux, le principe se mue en devoir, dont les contours sont moins bien définis. Le résultat est pourtant net, la participation de l'associé ne peut être restreinte à une obligation ou seulement à un devoir. Il s'agit d'un principe comportant deux natures juridiques, instrumentalisant aussi bien les obligations que les devoirs de l'associé.

969. Cette double nature implique des régimes et des sanctions bien distinctes. Alors que l'obligation repose sur un lien patrimonial, le devoir est purement extrapatrimonial. La qualification de cette participation de l'associé apporte des précisions essentielles à la détermination du régime qui en découle. La participation financière de l'associé au sauvetage de l'entreprise se caractérise par des obligations qui sont donc transmissibles, modulables et qui peuvent être éteintes. L'associé peut donc se libérer de cette obligation qui pèse sur lui, notamment en cédant son apport non libéré. Cependant, l'organe judiciaire veille au paiement de cette dette envers la société. Il bénéficie à cet effet de pouvoirs importants, pouvant notamment appeler en paiement les anciens titulaires du titre non libéré. La protection de l'entreprise est ainsi assurée. Quant à l'associé, il n'aura que peu de chances d'échapper au paiement de son obligation. On note enfin une convergence entre le droit des entreprises en

difficulté et le droit des sociétés, dans la mesure où ces sanctions seront celles prévues par le droit des sociétés.

970. L'autre facette du principe de participation de l'associé, qui se manifeste par les droits politiques de celui-ci, ne coïncide pas avec la définition que l'on connaît de l'obligation, qui s'inscrit dans un lien d'ordre patrimonial. Au contraire, le lien qui unit l'associé à l'entreprise par le droit de vote est d'ordre extrapatrimonial. Une partie de la doctrine met en garde contre l'amalgame avec l'obligation, et propose de qualifier ce genre de contrainte extrapatrimonial, de devoir. Celui-ci se distingue de l'obligation en ce qu'il est non cessible, permanent. C'est souvent en lien avec la qualité de la personne qu'émerge ce type de contrainte. Il est ainsi de l'associé, qui par le pouvoir dont il dispose sur les restructurations de l'entreprise impose une limite, caractérisé en l'espèce par un devoir. Le droit des procédures collectives neutralise l'associé réfractaire au sauvetage de l'entreprise, afin de sauvegarder l'ordre public économique.

971. La recherche d'une qualification juridique de la participation de l'associé confirme que c'est bien les difficultés de l'entreprise qui sont à l'origine de cette participation de l'associé. De manière moins évidente, elle a révélé la particularité de ce principe qui évolue en fonction des procédures collectives en présence. Ensuite, il était intéressant d'approfondir cette nouvelle position de l'associé au sein du Livre VI du Code de commerce, car elle remet en cause la conviction qui était jusqu'alors celles du droit des sociétés, celle d'un associé maître du sort de l'entreprise. En effet, la notion d'associé doit désormais être appréciée différemment, faisant une distinction entre l'associé d'une société in bonis et l'associé d'une société en procédure collective. En outre, il était nécessaire de qualifier ces mesures constitutives de ce principe de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise afin de lever le voile sur leur régime juridique et les sanctions qui leurs sont propres.

972. Cette analyse du principe de participation a permis d'éclairer les fondements et la nature juridique des contraintes qui la composent. Elle fut également essentielle pour entrevoir les limites et les extensions possibles de ce principe. Grâce aux fondements dégagés, on peut transposer ce principe à des situations qui remplissent les mêmes conditions d'application.

973. Le principe compte encore quelques rares exceptions, qui pourraient être levées apportant plus de cohérence au droit des entreprises en difficulté.

974. Le législateur favorise la reprise interne de la société par des mesures comme le dispositif d'augmentation du capital forcée. Si le doute fut permis, on peut désormais affirmer que le dispositif ne concerne que l'augmentation du capital laissant à l'écart le coup

d'accordéon, la réduction du capital social n'étant pas forcée. Pourtant, la réduction du capital est bien souvent un préalable indispensable à l'entrée d'un tiers. On préconise donc d'étendre le dispositif d'augmentation du capital forcée au coup d'accordéon, poursuivant l'évolution du droit des procédures collectives vers un principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise.

975. Il est aussi permis d'envisager une contrainte à l'égard de l'associé créancier, dont la demande de remboursement de la créance présente un réel danger pour l'entreprise en difficulté. On peut alors envisager une nouvelle application du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise. On sait que ce principe repose sur deux fondements qui sont les difficultés de l'entreprise et la qualité d'associé. La problématique de la qualité du détenteur de l'avance présente un intérêt juridique et économique. C'est la qualité de créancier qui semble être retenue par le législateur, position défendue par une majorité de la doctrine. Pourtant, notre droit présente des situations dans lesquelles le titulaire de l'avance en compte courant est appréhendé en sa qualité d'associé. Il ne serait pas incorrect de retenir la qualité d'associé du titulaire de la créance pour restreindre son droit au remboursement de son avance en compte courant et préserver l'entreprise en difficulté. Ainsi, prenant en compte l'affectio societatis dont tout associé est redevable et la nécessité de renforcer ce principe de participation, on préconise d'introduire une mesure limitant le droit de demander le remboursement du compte courant de l'associé.

976. Si l'extension du principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise est encore possible dans certaines situations, celle-ci ne devra pas être mesurée. L'étude révèle en effet que ce principe se heurte à certaines limites. Le principe d'intangibilité des engagements des associés doit demeurer intact et constituer une frontière à cette progression. Le législateur a soigneusement contraint l'associé à participer au sauvetage de l'entreprise sans jamais franchir cette limite. En aucun cas l'associé ne peut être contraint à l'apport de nouveaux fonds de financements. Dans l'incapacité de forcer l'associé au-delà de certaines limites, c'est la voie de l'incitation qui a été empruntée par le législateur.

977. Le droit des entreprises en difficulté met ainsi l'associé à contribution afin d'assurer le sauvetage de l'entreprise en péril. Qu'il soit contraint ou incité, l'associé sera mis à rude épreuve lors d'une procédure collective. L'associé qui resta longtemps dans les coulisses du théâtre des procédures collectives, risque désormais de tenir l'un premier rôle dont il se serait bien passé. On peut conclure que le principe de participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, applicable uniquement en droit des entreprises en difficulté, n'est encore qu'à ses

débuts, mais rien n'interdit de penser qu'il produira, peut-être un jour, quelques effets en droit des sociétés.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, Manuels et Traités

ARGENSON (J.), TOUJAS (G.),

- *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, par SOINNE (A.), 1987.

AUBERT (J.-L.), FLOUR (J.), SAVAUX (E.),

- *Droit civil, Les obligations. 1. L'acte juridique*, coll. Sirey Université, Sirey, Paris, 16^{ème} éd. 2014.

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.),

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 12^{ème} éd. 2008.

AYNES (L.), MALAURIE (P.), STOFFEL MUNK (P.),

- *Les obligations*, Defrénois, 4^{ème} éd. 2009.

BENABENT (A.),

- *Droit des obligations*, coll. Domat Droit privé, L.G.D.J., 18^{ème} éd. 2019.

BONNARD (J.),

- *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Hachette, Coll. Les fondamentaux Droit, 7^{ème} éd. 2016.

BORGA (N.), JACQUEMONT (A.), MASTRULLO (T.),

- *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2019.

BOSVIEUX (H.), HOUPIN (C.),

- *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, Rec. Sirey, Paris, 7^{ème} éd. 1932.

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.),

- *Droit civil, Les obligations*, LMD, Sirey. 17^{ème} éd. 2020-2021.

CAPITANT (H.), COLIN (A.), JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.),

- *Traité de droit civil*, T. II, Dalloz, 1959.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil, vol. 2, Les biens, les obligations*, Quadriga, PUF, 2004.
- *Droit civil*, T. I, II., 1959.

CARVAL (S.), JOURDAN (P.), VINEY (G.),

- *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, coll. Traité de droit civil, L.G.D.J., 4^{ème} éd. 2013.

CHAMPAUD (C.), PAILLUSSEAU (J.),

- *Cours de droit commercial et de droit des affaires*, Faculté de droit de Rennes, 1970.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.),

- *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016.

CHAPUT (Y.),

- *Droit des sociétés*, Coll. Dr. Fondamental, Presses universitaires de France, 1993.

CHARVERIAT (A.), DONDERO (B.), GILBERT (F.), SEBIRE (M.-E.),

- *Sociétés commerciales*, Mémento pratique, Francis Lefebvre., éd. 2021.

CHENEDE (F.), LEQUETTE (Y.), SIMLER (P.), TERRE (F.),

- *Droit civil. Les obligations*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, Paris. 12^{ème} éd. 2019.

COQUELET (M.-L.),

- *Entreprises en difficulté. Instruments de paiements et de crédit*, coll. Hypercours, Dalloz, Paris, 6^{ème} éd. 2017.

COURET (A.), DEVEZE (J.), HIRIGOYEN (G.),

- *Lamy droit du financement*, éd. 2015.

- COZIAN (M.), DEBOISSY (F.), VIANDIER (A.),**
 - *Droit des Sociétés*, coll. Manuel, LexisNexis, Paris, 33^{ème} éd. 2020.
- DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.),**
 - *Droit des obligations, Contrat et Quasi-contrat*, LexisNexis, 7^{ème} éd. 2016.
- DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.-P.), avec la collaboration de Honorat (A.),**
 - *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, Paris, 3^{ème} éd. 1991.
- DESCAMPS (O.), SZRAMKIEWICZ (R.),**
 - *Histoire du droit des affaires*, coll. Domat Droit privé, L.G.D.J., 3^{ème} éd. 2019.
- DIDIER (P.),**
 - *Droit commercial, t. 2, les entreprises en société, les groupes de sociétés*, coll. Thémis Droit privé, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 1999.
- DONDERO (B.), LE CANNU (P.),**
 - *Droit des sociétés*, coll. Domat Droit Privé, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2019.
- DUGUIT (L.),**
 - *Traité de droit constitutionnel*, T. I., Paris, 3^{ème} éd. 1927.
- FABRE-MAGNAN (M.),**
 - *Droit des obligations 1, Contrat et engagement unilatéral*, T. 1, coll. Thémis droit, PUF, Paris, 5^{ème} éd. 2019
- GAUDEMET (E.),**
 - *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004.
- GENY (F.),**
 - *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1919.
- GIBIRILA (D.),**
 - *Droit des sociétés*, coll. 100% Droit, Ellipses, Paris, 6^{ème} éd. 2020.
 - *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Lextenso, éd. 2009.
- GROSCLAUDE (L.), MONSERIE-BON (M.-H.),**
 - *Droit des sociétés et des groupements*, coll. Cours, L.G.D.J., éd. 2016.
- GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.) (DIR.),**
 - *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2012.
- GUYON (Y.),**
 - *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, T. 1, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, Paris, 12^{ème} éd. 2003.
 - *Droit des affaires, Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire – Faillite*, T. 2, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, Economica., Paris, 9^{ème} éd. 2003.
- HAURIOU (M.),**
 - *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1927.
- HEMARD (J.), MALIBAT (P.), TERRE (F.),**
 - *Sociétés commerciales*, T. 2, Dalloz, Paris, 1974.
- JEANTIN (M.),**
 - *Droit des sociétés*, coll. Précis Domat Droit Privé, Montchrestien, Paris, 3^{ème} éd. 1994.
- JEANTIN (M.), LE CANNU (P.),**
 - *Droit commercial : Entreprises en difficulté*, coll. Précis Dalloz., Dalloz, Paris, 7^{ème} éd. 2007.
- LE CANNU (P.), ROBINE (D.),**
 - *Droit des entreprises en difficulté*, coll. Précis Dalloz, Dalloz. Paris, 8^{ème} éd. 2020.
- LE CORRE (J.-M.),**
 - *Droit et pratique des procédures collectives*, coll. Action, Dalloz Paris, 10^{ème} éd. 2019-2020.

- LIENHARD (A.),**
 - *Procédures collectives*, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Delmas, Dalloz, Paris, 9^{ème} éd. 2020-2021.
- LUCAS (F.-X.),**
 - *Manuel de droit de la faillite*, coll. droit fondamental, PUF, Paris, 3^{ème} éd. 2020.
- LUCIANO (K.), VIDAL (D.),**
 - *Cours de droit général des sociétés*, Gualino, 1^{ère} éd. 2015-2016.
- LYON-CAEN (C.), RENAULT (L.),**
 - *Traité de Droit commercial, Des faillites, banqueroutes et Liquidations judiciaires*, T. 8, Paris, F. Pichon, 2^{ème} éd. 1899.
- MABILAT (P.), TERRE (J.),**
 - *Sociétés commerciales*, Dalloz, préface de FOYER (J.), 1972.
- MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.),**
 - *Analyse économique du droit, méthode du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd. 2008.
- MAGNIER (V.),**
 - *Droit des sociétés*, coll. Le Cours, Dalloz, Paris, 9^{ème} éd. 2019.
- MARTY (G.), RAYNAUD (P.),**
 - *Droit civil. Les obligations*, T. 1, *Les sources*, Sirey, Paris, 1972.
- MAZEAUD (L. H.), TUNC (A.),**
 - *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, II, III, VI^e Éd. Montchrestien, 160, éd. 1957.
- MAZEAUD (H.), MAZEAUD (J.), MAZEAUD (L.),**
 - *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd. 1998.
- MENJUCQ (M.),**
 - *Droit international et européen des sociétés*, coll. Domat Droit privé, L.G.D.J., Paris, 5^{ème} éd. 2018.
- MERLE (P.), avec la collaboration de FAUCHON (A.),**
 - *Droit commercial. Sociétés commerciales*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, Paris, 24^{ème} éd. 2020-2021.
- MESTRE (J.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), VELARDOCCHIO (D.),**
 - *Lamy Sociétés commerciales*, Lamyline, 2020.
- MOULIN (J.-M.),**
 - *Le droit de l'ingénierie financière*, Gualino, Lextenso, 5^{ème} éd. 2015.
- PERCEROU (J.), THALLER (E.),**
 - *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau, Paris, 7^{ème} éd. 1916.
- PEROCHON (F.),**
 - *Entreprises en difficulté*, coll. Manuel, L.G.D.J., 10^{ème} éd. 2014
- PETEL (P.),**
 - *Procédures collectives*, coll. Cours Dalloz., Dalloz., Paris, 9^{ème} éd. 2017.
- PLANIOL (M.),**
 - *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 11^{ème} éd. 1931.
- POTHIER (R.-J.),**
 - *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, T. 1, nouvelle édition. 1977.
- POUMAREDE (M.),**
 - *Droit des obligations*, coll. Cours, L.G.D.J., 3^{ème} éd. 2014.
- RAYNAUD (B.),**
 - *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Joly, 3^{ème} éd. 2020.

- RIPERT (G.),**
- *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1948.
- RIPERT (G.), ROBLLOT (R.),**
- *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, T. 2, L.G.D.J., par GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), 22^{ème} éd. 2017.
- ROUSSEL GALLES (P.),**
- *Entreprise en difficulté*, coll. 360°, LexisNexis, 2013.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), avec le concours de MONSERIE-BON (M.-H.) ET HOUIN-BRESSAND (C.),**
- *Droit des entreprises en difficulté*, coll. *Domat droit privé*, L.G.D.J., Paris, 12^{ème} éd. 2020.
- SAVATIER (R.),**
- *Traité de la responsabilité civile en droit Français*, Paris, 2^{ème} éd. 1951.
- SERIAUX (A.),**
- *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd. 2006.
- SERLOOTEN (P.),**
- *Droit fiscal des affaires*, coll. *Précis Dalloz*, Dalloz, 18^{ème} éd. 2019-2020.
- SOINNE (B.),**
- *Traité des procédures collectives*, Litec, Paris, 2^{ème} éd. 1995.
- VALLANSAN (J.),**
- *Redressement et liquidation judiciaires*, Litec, Paris, 2^{ème} éd. 2003.
- VALLANSAN (J.), avec la collaboration de FIN-LANGER (L.),**
- *Guide des procédures collectives*, LexisNexis, Paris, 2020.
- VINEY (G.),**
- *Introduction à la responsabilité*, coll. *Traité de droit civil*, L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1995.
- VOINOT (D.),**
- *Procédures collectives*, coll. *Cours*, L.G.D.J. Lextenso éd., Paris, 2013.

II. Ouvrages spéciaux, Monographies et Thèses

- ABEILLE (J.),**
- *La simulation dans la vie juridique et plus particulièrement dans le droit des sociétés*, th. 1938.
- AITALI (M.),**
- *L'exclusion d'un associé*, th. Toulouse, 2010.
- ASTRUC (L.),**
- *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, th. Lyon 1929.
- AUBRY (C.), RAU (C.-F.),**
- *Cours de Droit Civil Français, D'après la méthode de Zachariae*, T. IX, 5^{ème} éd. 1917.
- BARILLON (C.),**
- *Le critère de la qualité d'associé. Étude en droit français des sociétés*, th. Paris 10, PUAM, préface de COQUELET (M.-L.), 2017.
- BEN HADJ YAHIA (S.),**
- *La fidélité et le droit*, th., T. 551, L.G.D.J. préface de BEIGNIER (B.), 2013.
- BEROLATTI (G.),**
- *Le régime juridique des conventions sur les droits de vote dans les sociétés*, th. Paris II, 1975.
- BERR (C.),**
- *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, th., Sirey, Paris, préface de GIVORD (F.), 1961.
- BILIAU (M.), GHESTIN (J.), LOISEAU (G.),**
- *Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., 2005.

- BLAISE (H.),**
 - *L'apport en société*, th., Sirey, préface de HOUIN (R.), 1955.
- BLAZY (R.), COMBIER (J.),**
 - *Les défaillances d'entreprises*, coll. Que sais je ?, PUF, éd. 1999.
- BOUTE (G.-J.),**
 - *La responsabilité financière des associés*, th. Paris 2009.
- BUCHBERGER (M.),**
 - *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, th., Édition Panthéon Assas Paris, préface de GERMAIN (M.), 2011.
- CAFFIN-MOI (M.),**
 - *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, th., Economica, préface de BUREAU (D.), 2009.
- CAGNOLI (P.),**
 - *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, th. Caen, L.G.D.J., T. 368, préface de LE BARS (T.), 2002.
- CALENDINI (J.-M.),**
 - *Le régime juridique des sociétés commerciales en redressement judiciaire ou en liquidation des biens – Recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, th. Paris Dactyl. 1983.
- CAILLAUD (B.),**
 - *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, th. Paris, Sirey, préface de DERRUPPE (J.), 1966.
- CASTRES SAINT-MARIN-DRUMMOND (F.),**
 - *Les sociétés dites « holdings »*, th. Paris II. 1993.
- CATALA (N.),**
 - *L'entreprise*, D., T. 4, sous la direction de CAMERLYNCK (G.), 1980.
- CATALA (P.),**
 - *Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, rapport, Ministère de la justice, la documentation française, 2006.
- CERATI-GAUTHIER (A.),**
 - *La société en procédure collective et associé : entre indépendance et influence*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2002.
- CHAMPAUD (C.),**
 - *Le pouvoir de concentration dans la société par actions*, th. Sirey, préface de LOUSSOUARN (Y.), 1962.
- CHVIKA (E.),**
 - *Droit privé et Procédures collectives*, th. Paris II, Defrénois, préface de BONNEAU (T.), 2003.
- COMPARATO (F.-K.),**
 - *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th., Dalloz, 1963.
- COPPER ROYER ET FILS (E.),**
 - *Traité des sociétés*, th., T. 2, Sirey, 1939.
- CORDIER (B.),**
 - *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, th. Paris, T. 204, L.G.D.J., préface de GUYON (B.), 1989.
- COUPET (C.),**
 - *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th., T. 561, L.G.D.J., préface de SYNDET (H.), 2015.
- COURET (A.),**
 - *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, th. Toulouse 1978.

- COUTURIER (G.),**
 - *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. Lyon III, Coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., T. 2, L.G.D.J, préface de HAEHL (J.-P.), 2013.
- COZIAN (M.),**
 - *L'action directe*, th. Dijon 1968.
- CUISINIER (V.),**
 - *L'affectio societatis*, th., Litec, préface MARTIN-SERF (A.), 2008.
- CUTAJAR-RIVIERE (C.),**
 - *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, th., T. 292, L.G.D.J., préface de DIENER (P.), 1998.
- DABIN (J.),**
 - *Le droit subjectif*, Paris. 1952.
- DANA-DEMARET (S.),**
 - *Le capital social*, th. Montpellier, T. 23, Litec, préface de REINHARD (Y.), 1989.
- DAVID (R.),**
 - *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, th. Paris 1928.
- DE GIRVAL (C.),**
 - *Restructurations financières et droit français des entreprises en difficulté*, th. Lyon 2015.
- DECROIX (Y.),**
 - *Du capital social à la situation nette*, th. Rouen 2003.
- DELVILLE (J.-P.), GUIHEUX (G.), HERAIL (M.), NOEL (T.), NURIT (L.), RICHARD (E.),**
 - *Droit des affaires, Question actuelles et perspectives historiques*, Didact droit, les presses de l'université de Rennes, 2005.
- DEMEYERE (D.),**
 - *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, th. Paris X. 2005.
- DEPALLENS (G.), JOBARD (J.-P.),**
 - *Gestion financière de l'entreprise*, Sirey, 10^{ème} éd. 1990.
- DERNIS (G.),**
 - *Le droit de vote dans les sociétés anonymes en droit allemand*, th., Dalloz, 1929.
- DESPAX (M.),**
 - *L'entreprise et le droit*, th. Paris, L.G.D.J., Droit privé, 1957.
- DISSAUX (N.), JAMIN (C.),**
 - *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, rendu public le 25 février 2015*, Dalloz, 2015.
- DOM (J.-P.),**
 - *Les montages en droit des sociétés, aspects en droit interne*, th. Bordeaux, éd. Joly, 1998.
- DOMAT (J.),**
 - *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I, T. VIII, S. I.
- DOUCHY (M.),**
 - *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, th. Aix-Marseille, 1997.
- DU GARREAU DE LA MECHENIE (J.),**
 - *Les droits propres de l'actionnaire*, th. Poitiers 1937.
- DUPUY (C.),**
 - *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, th. Paris, L.G.D.J., 1960.
- ESKINAZI (D.),**
 - *La qualité d'associé*, th. Cergy-Pontoise 2005.

- FABRE-MAGNAN (M.),**
 - *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th., T. 221., L.G.D.J., préface de GHESTIN (J.), 1992.
- FAGES (B.),**
 - *Le comportement du contractant*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1997.
- FARJAT (G.),**
 - *L'ordre public économique*, th. Bibl. Dr. Privé, préface de GOLDMAN (B.), 1963.
- FAVARIO (T.),**
 - *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français. Essai sur l'appréciation d'un standard*, th. Lyon III, Univ. Européenne, 2004.
- FIORINA (D.),**
 - *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, th. 1984 Toulouse 1.
- FOREST (G.),**
 - *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. vol. 116, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », préface de LEDUC (F.), 2012.
- FRELETEAU (B.),**
 - *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th., T. 576, L.G.D.J., préface de SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), 2017.
- FRIEDEL (G.),**
 - *À propos de la notion d'entreprise, Aspect actuels du droit commercial français*, L.G.D.J., Études dédiées à ROBLOT (R.), 1884.
- GAILLARD (E.),**
 - *La société anonyme de demain : La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon, Sirey, 1933.
- GAILLARD (E.),**
 - *Le pouvoir en droit privé*, th. Paris II, Economica, coll. Droit civil, préface de CORNU (G.), 1985.
- GASTAUD (J.-P.),**
 - *Personnalité morale et droit subjectif*, th. L.G.D.J., préface de SORTAIS (J.-P.), 1977.
- GAUDEMET (J.),**
 - *Naissance d'une notion juridique, les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique*, Archives Phil. Dr. 2000.
- GAZZANIGA (J.-L.),**
 - *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992.
- GENICON (T.),**
 - *La résolution du contrat pour inexécution*, th. Paris II, L.G.D.J., préface de LEVENEUR (L.), 2007.
- GIERKE (O.-V.),**
 - *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, Berlin.
- GINGLINGER (E.),**
 - *Le financement des entreprises par les marchés de capitaux*, PUF., coll. finance, 1991.
- GOBERT (M.),**
 - *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, th., Sirey, 1957.
- GOFFAUX-CALLEBAUT (G.),**
 - *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, th. Harmattan, préface de GASTAUD (J.-P.), 2008.

- GODON (L.),**
 - *Les obligations des associés*, th. Paris Coll. Droit des affaires, Economica, préface de GUYON (Y.), 1999.
- GOMAA (M.-K.-N.),**
 - *Théorie des sources de l'obligation*, th. L.G.D.J., 1968.
- GREVIN-LEMERCIER (K.),**
 - *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, th. Aix-en-Provence, PUAM, préface de LE NABASQUE (H.), 2013.
- GRIMALDI (C.),**
 - *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, th. Paris II, Defrénois, 2007.
- GRIMONPREZ (B.),**
 - *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., préface de OPHELE (C.), 2006.
- GROSSI (I.),**
 - *Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, th. Aix Marseille, dactyl. 1998.
- GUYON (Y.),**
 - *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats sous la direction de GHESTIN (J.), L.G.D.J., 5^{ème} éd. 2002.
 - *Droit des affaires*, t. 1, Droit commercial générale et sociétés, Economica, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 6^{ème} éd. 1990.
- HAEL (J.-P.),**
 - *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, th., L.G.D.J., préface de DIDIER (P.), 1981.
- HAGE-CHAHINE (N.),**
 - *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, th, éd. Panthéon-Assas, préface de LEQUETTE (Y.), 2016.
- HATCHUEL (A.), SEGRESTIN (B.),**
 - *Refonder l'entreprise*, Seuil, 2012.
- HAUPTMANN (J.-M.),**
 - *Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand*, th. Dactyl. Nancy II 1986.
- HIEZ (D.),**
 - *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th., T. 399, L.G.D.J., préface de JESTAZ (P.), 2003.
- HOSTIOU (B.),**
 - *La suspension provisoire des poursuites, recherche sur l'application de l'ordonnance n°67-280 du 23 septembre 1967*, th. Rennes 1974.
- HOUIN (R.),**
 - *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, T. 1, bibliothèque de droit commercial. 1962.
- ITSIEMBOU MABIKA (N.-E.),**
 - *L'utilité du capital social : étude de droit français*, th. Paris 2010.
- IZORCHE (M.-L.),**
 - *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, préface de MESTRE (J.), 1995.
- JABBOUR (R.),**
 - *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th., T. 573, L.G.D.J., préface de AYNES (L.), 2016.

- JALUZOT (B.),**
 - *La bonne foi dans les contrats étude comparative de droit français, allemand et japonais*, th., coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, 2001.
- JANTON (H.),**
 - *Étude financière et juridique sur l'augmentation de capital dans les sociétés anonymes*, th. Paris. 1931.
- JOSSEMAND (L.),**
 - *De l'esprit des lois et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, coll. Bibliothèque, Dalloz, Paris, 2006.
- KADDOUCH (R.),**
 - *Le droit de vote des associés*, th. Aix-Marseille 2001.
- KELSEN (H.),**
 - *Théorie pure du droit*, traduit en français par EISENMANN (C.), Dalloz, 1962.
- KOEHL (M.),**
 - *La négociation en droit des entreprises en difficulté*, th. Paris Nanterre 2019.
- LACHMANN (C.-E.),**
 - *De la transformation de société anonyme moderne*, th. Grenoble, 1937.
- LAZARUS (C.),**
 - *Les actes juridiques extrapatrimoniaux. Une catégorie juridique nouvelle*, th. Paris XI 2005.
- LE NABASQUE (H.)(DIR.),**
 - *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004.
- LE NABASQUE (H.),**
 - *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit de l'entreprise*, th. 1986.
- LECHNER (H.),**
 - *Des droits propres des actionnaires*, th. Nancy 1932.
- LEDOUX (P.),**
 - *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, T. 379, L.G.D.J., préface de MERLE (P.), 2002.
- LEFEBVRE (J.), LEFEBVRE (R.),**
 - *Les assemblées générales d'actionnaires dans les SA*, 1971.
- LIBCHABER (R.),**
 - *La société, contrat spécial, Dialogues avec Jeantin (M.)*, Dalloz, 1999.
- LIKILLIMBA (G.-A.),**
 - *La fidélité en droit privé*, th., PUAM, préface de MESTRE (J.), 2003.
- LUCAS (F.-X.),**
 - *Les transferts temporaires de valeurs mobilières – Pour une fiducie de valeurs mobilière*, th., T. 283, L.G.D.J., préface de LORVELLEC (L.), 1997.
- LUCAS (F.-X.), LECUYER (H.)(DIR.),**
 - *La réforme des procédures collectives – La loi de sauvegarde article par article*, L.G.D.J., 2006.
- MACORIG-VENIER (F.)(DIR.),**
 - *Le droit des entreprises en difficulté après trente ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Actes des colloques de l'IFR de Toulouse, 2017.
- MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.),**
 - *Théorie économique du droit*, Dalloz, les éditions Thémis, 2^{ème} éd. 2008.
- MARAUD (O.),**
 - *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, th. Bordeaux, T. 22, coll. Bibl. Dr. Entr. Diff., L.G.D.J., préface de SAUTONIE-LAGUINIE (L.), 2021.
- MARTIN (J.-Y.),**
 - *Le détournement d'une chance économique par un dirigeant de société*, th. Paris I, 1981.

- MASQUEFA (C.),**
 - *La restructuration*, th. Paris II, T. 342, L.G.D.J., préface de TEYSSIE (B.), 2000.
- MAZE (S.),**
 - *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit comparé (français, anglais et nord-américains)*, th. Paris 1987.
- MAZEAUD (D.)(DIR.),**
 - *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, Dalloz, 2003.
- MICHA-GOUDET (R.),**
 - *La formation des sociétés*, th. Lyon 1993.
- MICHOUD (L.),**
 - *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, par TROTABAS (L.), T. I., 3^{ème} éd. 1932.
- MIGNON-COLOMBET (A.),**
 - *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. Paris 1, t. 6, Economica, préface de GUYON (Y.), 2004.
- MONEGER (J.), SOURIOUX (J.-L.), TERASSON DE FOUGERES (A.),**
 - *Robert Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Economica, 2001.
- MORTIER (R.),**
 - *Opérations sur capital social*, LexisNexis, LexisNexis, Droit et professionnels, 1^{ère} éd. 2010.
 - *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, th. Rennes 1, 2001.
- MONSERIE-BON (M.-H.),**
 - *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, th. Toulouse, Litec, coll. Bibl. Dr. Entr., préface de SAINT-ALARY-HOUIN (C.), 1994.
- MOULIN (J.-M.),**
 - *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, th. dactyl. Paris 1999.
- NEUNREUTHER (M.),**
 - *Permanence et renouvellement du principe d'égalité des actionnaires dans les sociétés anonymes*, th. Aix Marseille, 1996.
- OBELLIANE (S.),**
 - *Les sources des obligations*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2009.
- OUEDRAOGO (R.-W.),**
 - *La notion de devoir en droit de la famille*, th., éd. Bruylant, 2014.
- PASQUIER (I.),**
 - *Les raisons de l'abandon du concept de capital, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes*, th. Paris I, 1990.
- NOIREL (J.),**
 - *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, th. Paris, Libr. Techniques, 1958.
- PAILLUSSEAU (J.),**
 - *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, th., T. 18, Sirey, coll. Bibl. Dr. Commercial, préface de LOUSSOUARN (M.-Y.), 1967.
- PASTRE-BOYER (A.-L.),**
 - *L'acte juridique collectif en droit privé français. Contribution à la classification des actes juridiques*, th., PUAM, préface de CABRILLAC (R.), 2006.
- PEGLOW (K.),**
 - *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th., T. 402, L.G.D.J., préface de BLAISE (J.-B.), 2003.

- PELISSIER (J.),**
- *L'obligations alimentaires*, th. Paris, 28, K. 1.002, B.U.T, 1961.
- PELLETIER (N.),**
- *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, th., T.1, L.G.D.J., collection bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, préface de LUCAS (F.-X.), 2013.
- PERCEROU (J.),**
- *Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions*, th. Paris, éd. Rousseau, 1932.
- PEYRELEVADE (J.),**
- *Le gouvernement d'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir*, Economica, 1999.
- PICOD (Y.),**
- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th., T. 208, L.G.D.J., préface de COUTURIER (G.), 1989.
- PIQUEMAL (M.),**
- *Le fonctionnaire. Devoirs et obligations*, th., vol. 2, éd. Berger-Levrault, préface de MEHL (L.), 1974.
- PHILIPPE (C.),**
- *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, th., L.G.D.J., préface de WIEDERKEHR (G.), 1981.
- POITRINAL (F.-D.),**
- *La révolution contractuelle du droit des sociétés, vers l'entreprise citoyenne*, RB édition, Acte 2, éd. RB 2019.
- PORTALIS (J.-E.-M.),**
- *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éditions Confluences, coll. « voix de la cité » préface de MASSENET (M.), 1999.
- POTHIER (R.-J.),**
- *Du contrat de société*, T. 2, 1781.
- PRAT (S.),**
- *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, th., Litec., préface de VIANDIER (A.), 1992.
- RECEVEUR (B.),**
- *La force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, th., L.G.D.J., préface de BARTHEZ (A.-S.), 2013.
- RIPERT (G.),**
- *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 2014.
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., Paris, 2^{ème} éd. 1951.
- ROUAST (A.),**
- *Essai sur la notion juridique de contrat collectif*, th. Lyon 1909.
- ROUBIER (P.),**
- *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, préface de DEROUSSIN (D.), 2005.
- ROUJOU DE BOUBEE (G.),**
- *Essai sur l'acte juridique collectif*, th. Toulouse, L.G.D.J., préface de MARTY (G.), 1961.
- ROUSSEL-GALLE (P.),**
- *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Litec, coll. Carré Droit 2005.
- ROUVIERE (F.),**
- *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, th. Aix-Marseille III, PUAM., préface de ATIAS (C.), 2005.

- RUELLAN (C.),**
 - *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II. 1997.
- SALEILLES (R.),**
 - *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, L.G.D.J., Paris, 3^{ème} éd. 1925.
- SAVATIER (R.),**
 - *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1979.
 - *Des effets de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, th. Poitiers, 1917.
- SAZE (S.),**
 - *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit comparé français, anglais et nord-américain*, th. Paris I. 1987.
- SCHILLER (S.),**
 - *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th. Paris II, T. 378, L.G.D.J, préface de TERRE (F.), 2002.
- SCHMIDT (D.),**
 - *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly., éd. 1999.
 - *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th., Sirey, préface de BISCHOFF (J.-M.), 1970
- SENECHAL (M.),**
 - *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, th., T. 59, Litec, coll. bibl. Dr. Ent., 2002.
- SOTTAS (M.),**
 - *L'associé au soutien de la société*, th. Toulouse 2020.
- SOUSI (G.),**
 - *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. Lyon III. 1974.
- STAES (O.),**
 - *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse 1995.
- STOFFEL-MUNCK (P.),**
 - *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th., T. 337, L.G.D.J, préface de BOUT (R.), 2000.
- SYLVESTRE-TOUVIN (S.),**
 - *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th., PUAM, préface de LE CANNU (P.), 2003.
- TERRE (F.),**
 - *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., préface de LE BALLE (R.), éd. 1957, réimpression 2014.
- THIBIERGE (L.),**
 - *Le contrat face à l'imprévu*, th., Economica, préface de AYNES (L.), 2011.
- TISSEYRE (S.),**
 - *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, th., Coll. Instit. Dr. Aff., PUAM, préface de FABRE-MAGNAN (M.), 2002.
- TREBULLE (F.-G.),**
 - *L'émission de valeurs mobilières*, th., Economica, préface de GUYON (Y.), 2002.
- TUNC (A.),**
 - *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, coll. Étude juridique comparatives, 1985.

URBAIN-PARLEANI (I.),

- *Les comptes courants d'associés*, th., L.G.D.J., préface de GAVALDA (C.), 1986.

VERDIER (J.-M.),

- *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Revue internationale de droit comparé, 1955.

VIANDIER (A.),

- *La notion d'associé*, th. Paris, coll. Bibl. Dr. Privé, L.G.D.J., préface de TERRE (F.), 1978.

VILLEY (M.),

- *Métamorphoses de l'obligation*, arch. De philo. Du Droit, t. 15, « Philosophie du droit anglaise et américaine et divers essais », Sirey, 1970.

VINEY (G.),

- *Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1996.

ZALEWSKI (V.),

- *Familles, devoirs et gratuité*, th., l'Harmattan, 2004.

III. Articles, Études, Notes et Chroniques

ALEXANDRE-CASSELI (C.), OUTIN-ADAM (A.), ZOLOMIAN (M.),

- « Le droit des entreprises en difficulté en 3D », in *Mélanges en l'honneur de GERMAIN (M.)*, LexisNexis-L.G.D.J., 2015, p. 627.

ALLOUCHE (R.), RICHARD (R.),

- « Les garanties dans les financements à l'effet de levier », *RD banc. Et fin.* Mai 2008, dossier 21, n°8, p. 90.

AMIAUD (A.),

- « L'affectio societatis », in *Mélanges en l'honneur de SIMONIUS (A.)*, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1955, p. 1.

ANCEL (P.),

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, p. 771.

ARANDA VASQUEZ (A.),

- « Quelques remarques sur le gouvernement d'entreprise à l'aune du nouveau Code Afep-Medef et du projet de loi PACTE », *LPA*, 22 août 2018, n°167-168, p. 5.

AUGUSTIN (J.-M.),

- « Les classifications des sources des obligations de Domat au Code civil », in « L'enrichissement sans cause, la classification des sources des obligations », 2007, L.G.D.J., *Études réunies par MANNINO (V.), OPHELE (C.)*, p. 123.

BAJ (C.),

- « La cessibilité du droit de vote », *Cah. Dr. Entr.*, 1966, suppl. n°4, Colloque des éditions Juris. Cl., 13 mai 1996 « Actionnaire et dirigeants – Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées », p. 1.

BAILLY-MASSON (C.),

- « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 9 nov. 2000, p. 6.

BAILLOD (R.),

- « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD Com.*, 1983, p. 395.

BALESTRIERO (V.),

- « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *LPA*, 8 nov. 1995, n°134, p. 17.

BALI (M.),

- « Le renforcement des fonds propres des entreprises françaises », *LPA*, 24 février 2009 n°39, p. 8.

BARBIERI (J.-F.),

- « Les anamorphoses de l'associé. Quelques variations récentes », *BJS*, déc. 2020, n°121n2, p. 1.
- « Simplifier le droit des sociétés pour mieux complexifier », *BJS*, juill. 2019, n°7-8, p. 1.
- « Abus du devoir de révéler les faits délictueux : responsabilité du commissaire aux comptes », *BJS*, 1 mai 2017, n°5, p. 239.
- « Le dirigeant associé », *Dr. Sociétés*, n°3, mars 2016, dossier 9, n°11.
- « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA*, 30 sept. 2008, n°196, p. 6, n°6.
- « Sur le sort du compte courant en cas de cession de titres », *BJS*, 2008, p. 160.
- « Cession de droit sociaux et sort du compte courant », *BJS*, 2008, § 37, p.160.
- « Articulation de l'intangibilité des engagements des associés avec leur devoir de contribuer aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2005, p. 176.
- « Associés et obligataires d'une société « failli » », *LPA*, 20 mai 1992, p. 26, spéc., p. 28.
- « Associés et obligataires d'une société « failli » », *Rev. Proc. Coll.* 1991, p. 153, spéc. 158.
- « L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 233.

BASDEVANT (F.), DAIGRE (J.-J.), MONOD (F.),

- « Les actions à privilèges non financiers », *Dr. Sociétés*, Act. Prat., nov. 1997, p. 4.

BASUYAUX (B.),

- « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA*, 6 janv. 2005, n°4, p. 3.

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

- « Les plans de sauvegarde et de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, 2005. 363, n°22.

BELLOT (T.), GREVET (J.-L.), 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 ? », in « La loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, 2010, table ronde 3.

BERLAUD (C.),

- « La responsabilité des personnes morales et fusion-absorption », *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2016, n°40, p. 43.

BERMOND DE VAULT (J.-M.),

- « Le spectre de l'affectio societatis », *JCP éd. E*, 1994, I, 346.
- « À propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis », *Dr. Sociétés*, avr. 1993, p. 1.
- « La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société », *JCP éd. E*, 29 nov. 1990, n°48.

BERTREL (J.-P.),

- « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires*, Mélanges en l'honneur de SAYAG (A.), Litec, 1997, p. 131.
- « Liberté contractuelle et société », *RTD Com.*, 1996, p. 595, n°29.

BERTREL (M.),

- « La société, contrat d'investissement » ? », *RTD com.* 2013, p. 403.

BEZERT (A.), VERMEILLE (S.),

- « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *D.*, 2013, Chron. 2045.

BISSARA (P.), DIDIER (P.), MISSEREY (P.),

- « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *JCP éd. E.*, 1994, n°2, *Cab. dr. Entr.*, p. 18.

BLANC (G.),

- « Le dispositif de la loi Macron relatif aux entreprises de plus de cent cinquante salariés », *D.* 2015. 2460

BLANC (C.),

- « Dans toute entreprise, publique ou privée, l'actionnaire a toujours raison », *La tribune*, 15 sept. 1997, p. 12

BOCHE-ROBINET (M.), DAMMANN (R.),

- « Transposition du projet de directive du 22 novembre 2016 sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe : une chance à saisir pour la France », *D.*, 2017, p. 1264.
- « Le couple franco-allemand et le droit des procédures collectives : rencontres à Berlin », *LPA*, 30 oct. 2015, n°217, p. 3.

BOMMIER (L.),

- « L'entreprise dans la société, et vice versa », *LPA*, oct. 2018, n°209, p. 6.

BOMPOINT (D.),

- « Peu à peu, le citoyen évince l'actionnaire », *JCP éd. E.*, 2015, n°1305.

BONNEAU (T.),

- « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés », *RTD Com.*, 1988, p. 584, n°12.

BORGHETTI (J.-S.),

- « La violation d'un devoir professionnel et la dichotomie entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », *Rev. Contrats*, 1 avr. 2011, n°2, p.
- « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », *RDC*, 1 juin 2008, n°3, p. 769.

BRES (A.),

- « L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé », *RTD Com.*, 2011, p. 463.

BOUGHIDA (S.), LOMBARD (P.),

- « Réforme de la sauvegarde : Le nouveau dispositif sera-t-il plus efficace ? », *JCP éd. E.*, 2009, 1380, n°22.

BOURBOULOUX (H.), FORT (C.),

- « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », *BJE*, juill. 2016, n°113, p. 287.

BOURDOULOUX (H.), JIQUEL (C.),

- « Avant propos », in dossier « *La restructuration financière d'un groupe en difficulté dans un contexte international : le droit en action –International Insolvency et France Amériques, le 18 mai 2018* », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 285.

BOURBOULOUX (H.), PEROCHON (F.),

- « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *Rev. Proc. Coll.*, 2014, n°4, juillet-août, dossier 30, spéc. n°25.

BREMOND (G.), SCHOLASTIQUE (E.),

- « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP éd. E.*, 2006, n°1405.

BRIGON (B.),

- « Nouvelles précisions en matière de cession forcée des droits sociaux du dirigeant en vue d'adopter un plan de redressement », *Lexbase Hebdo* 18 févr. 2016, n°455, éd. Affaires.

BRIQUET (J.-M.), MARQUET (J.-Y.),

- « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004 n°148, p. 43.

BROCARD (E.),

- « La cession de droit sociaux et l'entreprise en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 217, n°15.
- « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *LPA*, 11 mai 2011, n°93, p. 4.

BROUSSOLLE (Y.),

- « Les principales dispositions de la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés », *LPA*, 9 mars 2020, n°49, p. 7.

BRUNET (B.),

- « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français*, Mélanges en l'honneur de Roblot (R.), 1984, p. 471.

BRUNET (A.), GERMAIN (M.),

- « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 », *Rev. Sociétés*, 1985, I.

BRUNET (A.), GHOZI (A.),

- « Société en difficulté : La transformation des créances en participation au capital », in Mélanges en l'honneur de Germain (M.), L.G.D.J., 2015, p. 165.

BRUNSWICK (P.),

- « Rôle de la jurisprudence dans l'émergence du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », in « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », *Cah. Dr. Entr.*, janv. 2016, n°1, p. 28.

BUREAU (D.),

- « La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspect de droit des sociétés », *BJS*, 1 juin 2001, n°6, p. 553.
- « La mésentente entre associés, dissolution pour justes motifs et exclusion d'un associé », *Rev. Sociétés*, 3 juill. 1996, p. 557.

CABRILLAC (M.),

- « La vente de ses parts ou actions imposée au dirigeant social en faillite personnelle », in Mélanges en l'honneur de JAUFFRET (A.), PUAM, 1974, p. 163.

CABRILLAC (M.), PETEL (P.),

- « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises », *JCP éd. E*, n°50, 14 déc. 1995, 513, n°22.

CAFFIN-MOI (M.), GASTAUD (J.-P.), LASSERE CAPDEVILLE (J.), PARACHKEVOVA (I.), ROBINE (D.), THOMAS (V.),

- « Les promesses de vente de titres », in dossier « *Les promesses de vente de titres* », LexisNexis Juris. Cl., *Actes. prat. Ing. Sociétaire*, janvier-février 2015, n°139, p. 7.

CAFRTZ (E.), CARAMALLI (D.),

- « Le mythe du capital social. Le bien fondé d'une réforme », *Banque et Droit*, n°94, mars-avril 2004, p. 3.

CALVO (J.), DE SENTENAC (G.-A.),

- « Le praticien et les conventions de vote dans les sociétés », *LPA*, 1990, n°128, p. 4.

CANIN (P.),

- « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. Sociétés*, 1998, chron., n°1.

CANTIN (H.),

- « La représentation d'une société en liquidation judiciaire », *Rev. Proc. Coll.*, 2008, p. 21, spéc. n°4.

CAPRIOLI (E.),

- « Le vote électronique dans les assemblées générales », *Dr. Et Patr.*, nov. 2003, p. 93.

CASORLA (F.),

- « Rapport de synthèse », *LPA*, 12 janv. 1994, p. 6.

CASTAGNE (S.),

- « « Vote » en faveur du droit de vote », *Dr. Sociétés*, 2000, p. 6.

CATHIARD (C.),

- « La société européenne, « forme nouvelle de la citoyenneté européenne a de l'avenir », *LPA*, 3, mars 2007, n°65, p. 4.

CERATI-GAUTHIER (A.),

- « L'exclusion de l'associé : une mesure à recommander », *RLDA*, mars 2019, n°146.
- « Droit de vote de l'associé : des atteintes mesurées », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 16.
- « Droit de vote de l'associé : des atteintes mesurées », *LPA*, 31 juill., 2018, n°152, p. 16.
- « Plaidoyer pour la désignation d'un « représentant des associés », in CERATI-GAUTHIER (A.) et PERRUCHOT (V.) (dir.), *Les procédures collectives complexes*, 2017, Joly, Pratique des affaires, p. 77.
- « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droits des associés et actionnaires de la société débitrice », *BJE*, 1 mars 2015 n°2, p. 129.
- « Loi Macron, Les mécanismes de dilution forcée et de cession forcée ne sont pas contraires à la constitution », *JCP éd. E*, 2015. 1461.
- « La promotion de la « reprise interne » dans l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP éd. E*, 2014, 1435.
- « La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : associés de la société débitrice et voies de recours », *JCP éd. E*, n°22, 29 mai 2008, 1716.
- « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 305, n°8.
- « La cession forcée des titres des dirigeants sociaux », *LPA*, 2 janvier 2004 n°2, p.4
- « Compensation des créances et libération du capital social », *RLDC*, févr. 2004.

CHABERT (Y.),

- « L'encadrement excessif des opérations d'augmentation de capital », in COURET (A.) (Dir.), LE NABASQUE (H.), *Quel avenir pour le capital social?*, actes du colloque organisé par le Centre de recherche en droit financier de l'Université Paris I, D., 2004.

CHAMPAUD (C.),

- « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, in Mélanges en l'honneur de PAILLUSSEAU (J.), *D.*, 2003, p. 117, spéc. note 12. Sur l'intérêt de l'entreprise.
- « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1989, p. 125.

CHAPUT (Y.), DE BOISSIEU (C.),

- « Conclusion de la voie de l'économiste et du juriste », in SAYAG (A.) (Dir.), JEANTIN (M.) (Dir.), *L'endettement mode de financement des entreprises*, 1997, CREDA, p. 405, spéc. n°684.

CHARTIER (Y.),

- « Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers », in *La stabilité du pouvoir dans les sociétés*, RJ com. nov. 1990, n°spéc., p. 77 et spéc., spéc. p. 77.
- « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP éd. G*, 1978, I, 2917.

CHAZAL (J.-P.),

- « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.) (Dir.), MAZEAUD (D.) (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 à Lille, 2003, *D.*, p. 104.

CHAZEAU (D.), DUBOIS (P.), GUMPELSON (J.), LEMSEFFER (S.),

- « Du comité à la classe de créanciers : modalités de vote et de décision des créanciers seniors en France et aux Etats-Unis », *BJE*, Juill. 2018, n°4, p. 296.

CHRIQUI (H.), COHEN (S.), GERMAIN (M.), LELIEVRE (Y.), LIENHARD (A.),

- « Projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, réponse à la consultation de la chancellerie », lundi 13 janvier 2014.

COHEN (D.),

- « La validité du « coup d'accordéon », *D.*, 2003, p. 410.

COHEN-BRANCHE (M.),

- « Réflexion sur le recours des actionnaires à l'encontre des dirigeants d'une société en procédure collective », *BJB*, 2012, n°12, p. 535.

CONSTANTIN (A.),

- « Recherche notion d'associé, désespérément ! », *Dr. Sociétés* n°3, mars 2016, dossier 2.
- « L'intérêt social : quel intérêt ? », in Mélanges en l'honneur de MERCADAL (B.), Francis Lefebvre, 2002, p. 315.

CONTIN (R.),

- « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.*, 1968, chron., p. 45.

COQUELET (M.-L.),

- « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, n°6 Nov.-Déc. 2010, dossier 6, p. 77.

CORDONNIER (P.),

- « L'actionnaire peut-il céder son droit de vote ? », *Journal des Sociétés*, 1927, 5, nos°18 et s.

COUPET (C.),

- « Démembrement de propriété de droits sociaux : vieilles disputes et questions nouvelles », *BJS*, janv. 2020, n°1, p. 1.
- « Loi du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation : miscellanées de droit des sociétés », *BJS*, oct. 2019, n°10, p. 35.
- « Révision de la directive Droit des actionnaires », *BJS*, 1 juill. 2017, n°4, p. 276.

COURET (A.),

- « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du Code civil ? », *D.* 2017, p. 222.
- « Réforme du Code Afep-Medef », *BJS*, janv. 2017, n°01, p. 15.
- « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, hors-série 2, p. 14.
- « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *BJS*, juill. 2016, n°7-8, p. 433.
- « Le droit des sociétés, un droit post moderne », *BJS*, mai 2015, p. 213, n°113k9.
- « La réduction du capital », in COURET (A.)(dir.), LE NABASQUE (H.)(dir.), *Quel avenir pour le capital social ?*, *D.* 2004, p. 85.
- « Première traduction législative de la corporate governance : la loi sur les fonds de pension », *D.*, 1997, p. 241.
- « L'intérêt social », *Cah. Dr. Entr.*, 1996, 1.
- « L'intérêt social », colloque du sénat du 23 mai 1996 « Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? », *JCP éd. E*, 1996, n°4, p.1.
- « Le harcèlement des majoritaires », *BJS*, 1996, p. 112.
- « Le gouvernement de l'entreprise », *D.*, 1995, chron, p. 163.
- « Dépendance ou indépendance des qualités d'associés et d'apporteur en compte courant », *Bull. Joly.*, 1992, p. 7.
- « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1984, p. 244

COUTURIER (G.),

- « L'éviction de l'associé d'une société en difficulté : une solution morale ? », in dossier « *Moralisation du droit des affaires* », *Journal des Sociétés*, Janv. 2017, n°148, p. 26.

COZIAN (M.),

- « Du nu-propiétaire ou de l'usufruitier qui a la qualité d'associé ? », *JCP éd. E*, 1994, II, 374.

DAIGRE (J.-J.),

- « Loi PACTE : ni d'excès d'honneur, ni d'excès d'indignité », *BJS*, oct. 2018, n°10, p. 541.
- « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP éd. E*, 1996, I, 575.
- « La réduction du capital à zéro, qui entraîne une annulation des titres, sous condition suspensives d'une augmentation subséquente, est conforme à la loi », *BJS*, 1 juill. 1994, n°7-8, p. 816.

DALION (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*, n°5, sept. 2019, p. 406

DAMMANN (R.),

- « Directive « restructuration et insolvabilité » : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.*, 2019, p. 2047.
- « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », in mélanges en l'honneur du Professeur WITZ (C.), LexisNexis, 2018, p. 223.
- « Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives », *D.*, 2018, p. 2195.
- « Piste de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.*, 2018, p. 629.
- « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté. La responsabilité civile de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, hors-série n°2, 2016, p. 42.

DAMMANN (R.), DE GERMAI (L.),

- « L'épilogue de l'affaire Cœur défense : quels enseignements en tirer ? », *BJS*, avril 2012, n°4, p. 329.

DAMMANN (R.), GUERMONPREZ (M.),

- « L'harmonisation franco-allemande des procédures collectives : adaptation de la sauvegarde », *BJE*, mars 2018, n°2, p. 77.

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*, 1 oct. 2015 n°10, p. 521.

DAMMANN (R.), PAULUS (C.),

- « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA*, 30 mars 2018, p. 21, n°128.
- « La loi Pacte : une convergence franco-allemande en marche forcée », *D.*, 2018, p. 248.

DAMMANN (R.), PODEUR (G.),

- « Loi Macron : La prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, 1 janvier 2015 n°111, p. 1
- « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, p. 752.
- « Éditorial-Cœur Défense : une sauvegarde qui renaît de ses cendres », *BJE*, mai 2011, p. 97.
- « La conversion de créance en capital dans les entreprises en difficultés », *BJS*, 2009, p. 1129.
- « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP éd. E*, 2009, 2094.

DAMMANN (R.), ROBINET (M.),

- « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », in dossier « *La loi de sauvegarde à l'épreuve des sociétés* », *BJS*, 2009, p. 1116, §227.

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, nos°25 et s.

DANET (D.),

- « Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », *RTD Com.*, 1993, p. 69.

DANIEL (J.),

- « Le devoir de mise en garde du banquier », *LPA*, 18 févr. 2008, n°35, p. 5.

DARIOSECQ (S.),

- « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *BJS*, 1 sept. 1998, n°9, p. 908.

- DAVID (R.),**
 - « Le caractère social du droit de vote », *Journal des sociétés*, 1929, p. 401.
- DE BERMOND DE VAULX (J.-M.),**
 - « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990, p. 221.
- DE BERTIER-LESTRADE (B.),**
 - « La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique », in NICOD (M.)(Dir.), *Les affaires de la qualification juridique*, les presses de l'université Toulouse 1, 2015.
- DE BRY (F.),**
 - « L'entreprise et l'éthique », *Gaz. Pal.*, 22 décembre 2001, p. 23.
- DE NAYER (M.-C.),**
 - « Le retrait obligatoire », *BJB*, 1994, p. 91.
- DE RAVEL D'ESCLAPON (M.),**
 - « Les clauses de blocage dans les conventions de compte courant d'associé », *A.J.C.A.*, 2018, p. 459.
- DE VENDEUIL (S.), MORTIER (R.), ZABALA (B.),**
 - « La réforme du droit des sociétés par la loi PACTE (Loi n°2019-486 du 22 mai 2019) », *Dr. Sociétés* n°6, 2019, étude 8.
- DEBERNARDI (G.),**
 - « L'organisation patrimoniale face aux procédures collectives », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, p. 9.
- DEBOISSY (F.),**
 - « L'essentiel des réformes : le renforcement de la démocratie actionnariale », *LPA*, 2 août 2007, n°154, p. 13.
- DELORME (T.), REIGNE (P.),**
 - « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *Rec. D.*, 2002, p. 1330
- DELSOL (H.-L.), GENESTOUX (A.),**
 - « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, nov. 2015, alerte 17.
- DELZANT (E.),**
 - « Etude comparative de la pratique des restructurations en France et en Allemagne », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, janvier 2014, étude 3, n°17.
 - « Le nouveau régime de la restructuration préventive en Allemagne », *BJE*, n°2, mars 2021, n°118n1, p. 64.
- DELATTRE (C.),**
 - « La souffrance du chef d'entreprise face à la défaillance de son entreprise », *BJE*, juill. 2015, n°4, p. 201.
- DETRAZ (S.),**
 - La responsabilité pénale des personnes morales : la présomption est toujours là », *Gaz. Pal.*, 23 janv. 2018, n°3, p. 44.
- DI MARTINO (M.),**
 - « Procédures collectives et restructuration financière de l'entreprise », *BJE*, 1 mars 2016, n°2, p. 61
 - « Le besoin en fonds de roulement », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, Juillet 2016, prat. 2.
 - « Fonds propres et quasi-fonds propres ou concept de surface financière élargie », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, Novembre 2015, prat 3.

DIDIER (P.),

- « Brèves notes sur le contrat-organisation » in *L'avenir du droit*, in Mélanges en l'honneur de TERRE (F.), *D.*, PUF, Juris-Cl., 1999, p. 635, spéc. p. 636.
- « Les conventions de vote », in *Le monde du Droit*, Mélanges en l'honneur de FOYER (J.), PUF, 1997, p. 341, spéc. p. 342.
- « Théorie économique et droit des sociétés », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire de SAYAG (A.)*, 1997, Litec, p. 227.
- « Esquisse de la notion d'entreprise », in Mélanges en l'honneur de VOIRIN (P.), L.G.D.J., 1967, p. 209.

DIESBECQ (A.),

- « La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, 22 janvier 2009 n°22, p. 3.
- « Réflexion sur la représentation d'une personne morale dissoute par l'effet d'un jugement prononçant sa liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale », *RJ com.*, 2002, p. 309.

DOM (J.-P.),

- « L'assouplissement procédural de la cession forcée des droits sociaux des dirigeants », *BJS*, mai 2016, n°114z7, p. 287.
- « Sécurité financière et initiative économique : aspect de droit des sociétés », *Deffrénois*, 30 nov. 2003, n°22, p. 1443.
- « Les dispositions relatives à la libération du capital des SARL et des sociétés à capital variable : article 124 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 », *Bull. Joby*, 2001, p. 758.

DONDERO (B.),

- « La faute séparable des prérogatives de l'associé : une solution claire mais des difficultés perspectives », *JCP éd. E*, 2014, 1160, spéc. n°13.

DRUMMEN (J.-B.),

- « Prévention et Sauvegarde », in SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (Dir.), *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, L.G.D.J., les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 340.

DUFOUR (O.),

- « Le projet de loi « initiative économique » soulève la polémique », *LPA*, 14 mars 2003, n°53, p. 4.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.),

- « Le débiteur », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, 2017, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 92.
- « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, mars 2014, dossier 20, n°2.

DUMONT (M.-P.), MACORIG-VENIER (F.),

- « Le privilège de la sauvegarde et du redressement », *BJE*, janv. 2021, p. 62.

DUMOULIN (L.),

- « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 1.

DUPEYROUX (J.-J.),

- « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit », in Mélanges en l'honneur de MAURY (J.), *D.*, t. 2, 1960, p. 335.

DUPICHOT (P.),

- « Le financement des entreprises en difficulté », *BJE*, sept. 2018, p. 394, n°116.

DURAND-LEPINE (G.),

- « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juill. 1995, n°88, p. 7.

DUREIL (B.),

- « La représentation des sociétés déclarées en liquidation judiciaire ou frappées d'un plan de cession totale », in *Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis*, Mélanges en l'honneur de HONORAT (A.), éd. Frison-Roche, 2000, p. 99.

EECKHOUDT (M.),

- « Le critère de la taille dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 nov. 2017, n°6, p. 453.

EGUCHI (W.), FLANDIN (G.), LONGMIRE (J.), SPIZZICHINO (L.),

- « La restructuration transfrontalière de la dette high yield », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 303.

ERNST DEGENHARDT (J.),

- « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? L'harmonisation des poires et des pommes », *BJE*, mars 2017, p. 153.
- « La « hiérarchie du bec » toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, 2016, n°6, p. 432.
- « Voyage à travers les pays de la subordination des prêts d'associé », *BJE*, 1 mai 2015, n°3, p. 175.

ÉTAIN (P.),

- « Du zéro comme capital social », *LPA*, 19 sept. 2011, n°186, p. 4.

ETIENNE-MARTIN (E.), SOUDANI (M.),

- « Abandon de compte courant d'associé et clause de retour à meilleure fortune », *Rev. Proc. Coll.*, Septembre 2012, étude 33.

FABRE-MAGNAN (M.),

- « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.*, 1995, nos°85 et s.

FAGES (B.),

- « Synthèse des réponses à la consultation publique du 26 février 2018 relative à la révision du Code de Gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », 26 juin 2018, spéc. p. 5, §2.

FARHI (S.),

- « La conversion de créances en titres de capital lors d'une procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, janv. 2019, étude 3.

FAUCHON (A.),

- « La validité de « l'opération-accordéon » encore renforcée », *BJS*, 1 oct. 1999, n°10, p. 943.
- « Quand l'accordéoniste joue faux... », *Bull. Joly*, 1998, §109, p. 303.

FAURE (B.),

- « Les droits fondamentaux des personnes morales », *Rev. Dr. Pub.*, 1 janv. 2008., n°1, p. 233.

FAVARIO (T.),

- « Dirigeant de la société en difficulté », *LPA*, n°152, 31 juill. 2018, n°135, p. 40.
- « L'associé, financier de la société en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, sept. 2017, étude 17.
- « Exercice de dissection de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce », *BJE*, mai 2016, n°3, p. 164.

- « L'article L. 631-19-1 du Code de commerce soustrait à la censure constitutionnelle », *BJE*, nov. 2015, n°6, p. 362.
- « Le Livre VI du Code de commerce en son miroir constitutionnel », *Rev. Proc. Coll.*, Juill. 2015, étude n°12.
- « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *D.*, 2013, p. 288.
- « La responsabilité de l'associé : « concept émergent » du droit des entreprises en difficulté ? », *BJE*, 1 janv. 2013, n°1.

FOMBEUR (P.),

- « Les enjeux européens pour le droit français », *LPA*, 30 nov. 2010, n°238, p. 13.

FRAIMOUT (J.-J.),

- « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, Mars 2014, dossier 19.
- « Offre d'apport en compte courant d'un actionnaire destiné à financer le plan de continuation ultérieurement résolu : le silence circonstancié du destinataire de l'offre vaut acceptation », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, Mars 2011, comm. 46.
- « La cession forcée des droits sociaux ne saurait être ordonné à l'encontre d'un dirigeant qui n'est plus en fonction au jour du jugement d'ouverture, quand bien même sa démission n'aurait pas été publiée. », *Rev. Proc. Coll.* n°1, janvier 2009, comm. 3.

FROEHLICH (P.), LECUYER (H.), LUCAS (F.-X.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.),

- « La loi de sauvegarde article par article », *LPA*, 8 févr. 2006, n°28, p. 4.

GALLOIS-COCHET (D.),

- « La bonne foi en droit des sociétés », *RDA Univ. Paris* févr. 2016, p. 93.
- « Les montages en droit des sociétés », *RD com.*, 1 juillet 2007 n°3, p. 1022.

GARÇON (J.-P.),

- « Le droit au remboursement permanent des comptes courants d'associés », *JCP éd. E*, 1998, 1536.

GAUDEMET (A.), MONSERIE-BON (M.-H.),

- « Reprise interne d'une société en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°6, nov. 2015, dossier 56, n°6.

GENESTOUX (A.),

- « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.* n°5, Novembre 2015, alerte 17, spéc. n°5.

GENTILHOMME (R.),

- « La nouvelle répartition des droits entre l'usufruitier et le nu-proprétaire de parts sociales », *Defrénois*, 17 oct. 2019, n°42, p. 25, note 8.

GERMAIN (M.),

- « Les actions de préférence », *Rev. Sociétés*, 2004, p. 597, spéc. n°5.
- « Le transfert du droit de vote, in « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », *RJ. Com.*, 1990, n° Spéc. nov., p. 135.
- « L'abus du droit de majorité », *Gaz. Pal.*, 1987, I, 157.
- « Le capital de la société commerciale », *RJ com.*, n°spécial. nov. 1987, p. 28.

GERMAIN (M.), LAGARDE (P.-Y.), PERIN (P.-L.),

- « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL, actes et pratiques et ingénierie sociétaire », in dossier « *Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL* », *Lexisnexis Juris-Class, Actes Pratiques et ingénierie sociétaire*, Mai-Juin 2013, n°129, p. 10.

GIBIRILA (D.),

- « La notion de cessation des paiements, critère de distinction entre la société in bonis et l'entreprise en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°135, p. 5.

GICQUEL (J.-E.), ROUSSILLE (M.),

- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2015, n°3, p. 32.

GILBERT (F.),

- « Règlement d'exécution (UE) n°2018/1212 de la directive n°2007/36/CE Droits des actionnaires », *BJB*, nov. 2018, n°117x2, p. 34, n°06, p. 34.

GODON (L.),

- « L'éclatement des formes sociales », *Rev. Sociétés*, 2017, p. 267.
- « Identification du devoir de loyauté du dirigeant envers les associés lors d'une opération de cession de droits sociaux », *Rev. Sociétés*, 2009, p. 95.
- « Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté », *Rev. Sociétés*, 2007, p. 519.
- « Précision quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Il s'agit d'un devoir autonome, puisant sa source, non dans le droit commun des contrats, mais dans la « fonction » de direction elle-même », *Rev. Sociétés*. 2005, p. 140.

GOFFRAUX-CALLEBAUT (G.),

- « Les bonnes pratiques du vote électronique », *Communication Commerce Electronique*, oct. 2006, Étude 24.
- « La définition de l'intérêt social », *RTD Com.*, 2004. 35.

GOLSHANI (S.), LORIC (A.),

- « Le poids des actionnaires minoritaires », *BJE*, 1 juill. 2018, n°04, p. 322.

GORE (F.),

- « La notion de capital social », *Études offertes à RODIERE (R.)*, 1981, p. 85.

GORINS (C.),

- « Évolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective », *BJE*, 1 mai 2015, n°3, p. 185.
- « Le protocole de conciliation : un contrat judiciaire », *LPA*, 23 déc. 2014, p. 6.

GORRIAS (S.),

- « La sauvegarde enfin libérée : l'arrêt de principe « Cœurs défense », *LEDEN*, avril. 2011.

GOTZORIDES (C.), KUNTZ (J.-E.),

- « Transaction et procédure collective », *BJE*, 1 sept. 2018, n°116f5, p. 371 ; « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.* n°3 mai 2015, Entr. 2.

GRANIER (T.),

- « Manquement de l'expert-comptable à son devoir de conseil et obligation de réparation », *BJS*, 1 juillet 2009, n°7, p. 683.

GRELON (B.),

- « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n°2010-1249 dite de régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Rev. Sociétés*, 2011, p. 7.

GREVAIN-LEMERCIER (K.),

- « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », *Gaz. Pal.*, 11 févr. 2012, n°42, p. 7.

GRUNDELER (G.),

- « Le point sur la validité des coups d'accordéon », *Dr. Sociétés*, 2011, alerte n°36.

GUYADER (H.),

- « L'actionnaire transnational et la directive n°2007/36/CE du 11 juillet 2007 », *BJB*, n°3, p. 265.

GUYON (Y.),

- « La réduction de capital à zéro ne lèse pas les actionnaires. La convention entre la société et l'État administrateur non approuvée par l'assemblée n'est pas nulle », *D.* 1991, p. 133.
- « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 439.
- « Le rôle de prévention des commissaires aux comptes », *JCP éd. E*, 1987, 15066, p. 622.
- « Les missions des administrateurs provisoires de société », in *Mélanges en l'honneur de BASTIAN (D.)*, éd. Librairie Techniques, t. 1, 1974, p. 103.

HALLOUIN (J.-C.),

- « Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires », *JCP éd. E.*, 1989. II. 15416.

HAGE-CHAHINE (N.),

- « La notion d'obligation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA*, 3 nov. 2015, n°219, p. 7.

HAMEL (J.),

- « L'affectio societatis », *RTD civ.* 1925, 761 et s.

HAMELIN (J.-F.),

- « Articulation du droit des procédures collectives et du droit des sociétés, toujours et encore des problèmes... », *LEDC*, n°10, p. 7.
- « Gérer la société en prenant en compte les intérêts des tiers... ou le flou artistique », *LEDC*, févr. 2018, n°111, p. 1.

HAURIU (M.),

- « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahier de la Nouvelle journée*, n°4, 1925, p. 120.
- « L'institution et le droit statutaire », 1906, t. 2, *Recueil de Législation de Toulouse*, p. 173.

HEINICH (J.),

- « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 568.
- « Le défaut de recapitalisation effective n'est pas une faute de gestion », *BJS*, mars 2016, n°3, p. 34.

HENNION (P.),

- « La compensation des dettes connexes dans les procédures collectives », *LPA*, 2 déc. 1996, n°145, p. 9

HESTIN (J.),

- « La transmission des obligations en droit positif français », in *La transmission des obligations*, 1980, Bruylant, L.G.D.J. p. 3 et s.

HONORAT (A.),

- « Le dirigeant peut faire appel de la décision qui ordonne la cession forcée des ses actions », *D.*, 2002, p. 1482.

HOUIN (R.),

- « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Aspect économiques de la faillite et du règlement judiciaire*, Sirey, 1970, p. 135.
- « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, 1965, p. 609.

- « Les incapacités », *RTD Civ.*, 1947, 383, p. 405.
- HOVASSE (H.),**
- « Le remboursement du compte courant d'associé », *Dr. Sociétés*, 2018, Comm. 140.
 - « Comptes courants d'associés et monopole des banques », *JCP éd. E*, 2010, 1284
 - « Promesse de redressement n'est pas promesse de souscrire à une augmentation de capital », *Dr. Sociétés* n°1, Janvier 2009, comm.8.
 - « Coup d'arrêt à la « désacralisation du droit de vote ? », *Dr. Sociétés*, 1999, p. 3.
- JACQUEMIN (A.),**
- « Entreprise, pouvoir et responsabilité, pour une convergence des perspectives économiques et juridiques », in *Entreprise, pouvoir, autorité et responsabilité*, 1985, *Economica*, p. 411.
- JACQUEMONT (A.),**
- « La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers », *Rev. Proc. Coll.*, 2004, p. 290, n°16.
- JAUFFRET-SPINOSI (C.),**
- « Les assemblées générales d'actionnaire dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? », *Études offertes à René Rodière, D.*, 1981, p. 125.
- JEANTIN (M.),**
- « La continuation de l'entreprise », in *Le souci d'éviter la faillite*, *RJ com.*, 1996, numéro spécial, p. 45.
 - « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de BOYER (L.)*, les presses de l'université Toulouse 1, 1996, p. 317, spéc. p. 325.
 - « L'exigibilité du versement de la fraction du capital non-versé, lors de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1995, p. 753, n°2.
 - « Les conventions de vote », *RJ Com.*, 1990, n°spécial n°11, p. 124.
 - « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de PERROT, D.*, 1996, p. 149.
- JESTAZ (P.),**
- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron, p. 197.
 - « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges en l'honneur de RAYNAUD (P.)*, *D.*, Paris, 1985, p. 273.
- JEULAND (E.),**
- « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.*, 2003., 455.
- JOBERT (L.),**
- « Le remboursement du compte courant d'associé à l'épreuve de la théorie de l'abus de droit », *Act. Prat. Ing. Soc.*, nov./déc. 2005, n°84, p. 3.
 - « La notion d'augmentation des engagements des associés », *BJS*, 2004, n°5, p. 627.
- JULIENNE (F.),**
- « Déclaration d'une créance en compte courant d'associé : TGI Bordeaux, ord., 31 janv. 2014, n°11/09328. In « Chronique de jurisprudence locale de droit des entreprises en difficulté. – (cour d'appel de Bordeaux, tribunal de commerce de Bordeaux, tribunal de grande instance de Bordeaux) », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, Juillet 2015, Chron. 1.
- KENDERIAN (F.),**
- « La contribution au pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, p. 617.
- KOPF (F.), MERCIER (J.-L.),**
- « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors série 2, p. 47.

KUNTZ (J.-E.),

- « L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la prévention des difficultés des entreprises et les procédures collectives : une réforme en demi-teinte », 18 mars 2014, *in* La conférence EFE « Nouvelle ordonnance sur la prévention des difficultés des entreprises et procédures collectives ».

KUNTZ (E.), NURIT (V.),

- « Le paiement de dettes connexes et le principe d'égalité des créanciers : l'éternelle incompatibilité », *BJE*, mai/juin, §65., p. 160, sp. 162, n°32.

KUREK (E.),

- « Les procédures d'insolvabilité en Allemagne », *LPA*, 23 mai 2005, n°58, p. 14.

KRAMPE (C.),

- « L'obligation comme bien : droit français et allemand », *in* l'obligation, APD, 2000, T. 44, *D.*, p. 205.

LAITHIER (Y.-M.),

- « La distinction entre morale et droit ou l'incertitude parmi les sources de l'obligation », *Rev. Contrats*, 1 juillet 2007, p. 697, n°3.

LAMY (M.),

- « La directive « restructuration et insolvabilité » : le déroulement de la restructuration préventive », nov. 2019, *RLDA*, n°153, p. 53.

LAPOYADE DESCHAMPS (C.),

- « La liberté de se retirer d'une société », *D.*, 1978, chron. p. 123.

LAROCHE (M.),

- « Du pouvoir du liquidateur de mettre en œuvre l'obligation de contribuer aux pertes sociales », *BJS*, juill. 2018, n°7-8, p. 433.
- « Groupes de sociétés : originalité et faisabilité de la procédure de coordination collective », *BJE*, 1 mars 2018, n°2, p. 153.

LAUGIER-TAILLARD (N.),

- « L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *LPA*, 15 sept. 2009, n°184, p. 3.

LAURENT (N.), MICHELLE (J.),

- « Le point de vue du praticien sur dix principales mesures du projet de réforme de la sauvegarde », *JCP éd. G*, 2008, I, 214, spéc., n°17.

LE BARS (B.),

- « Apport de la jurisprudence relative au coup d'accordéon à certains principes du droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 362.

LE CANNU (P.),

- « Les rides du capital social », *in* COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, *D.*, 2004, p. 3.
- « Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable », *Rev. Sociétés*, 2001, p. 633.
- « Loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté : aspect de droit des sociétés », *BJS*, 1994, p. 748, n°11.
- « Les plans concernant les sociétés », *LPA*, 16 juin 1993, n°10.
- « Limitation du droit de vote et contrôle des sociétés anonymes », *BJS*, 1 mars 1991, n°3, p. 263.
- « L'abus de minorité », *BJS*, 1 avr. 1986, n°4, p. 429.

LE CORRE (P.-M.),

- « L'incidence de la loi PACTE sur le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2019, n°355, p. 35.
- « Le droit français des entreprises en difficulté, un modèle en Europe ! », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2017, n°291n0, p. 52.
- « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20 oct. 2015, n°293, p. 7, n°14.
- « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2014, p. 733.
- « Les principales modifications de la procédure de sauvegarde dans le projet de réforme », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2008, n°313, p. 11.
- « 1807-2007 : 200 ans pour passer de la faillite du débiteur au droit des sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, juill. 2007, p. 3.
- « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, n°251, p. 50.
- « Le privilège de la conciliation », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, n°251, p. 50.

LE FUR (A.-M.),

- « « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.*, 2008, p. 2015.

LE NABASQUE (H.),

- « Propos introductifs », *BJS*, juin 2019, n°119, p. 33.
- « Les incidences de la loi PACTE sur le financement des sociétés par actions », *BJS*, juin 2019, n°119, p. 70.
- « La flexibilité contractuelle dans la SAS », p. 75, *in* CONAC (P.-H.)(Dir.), URBAIN-PERLEANI (I.)(Dir.), *La société par actions simplifiée (SAS)*, *D.*, 2016.
- « Les devoirs de l'actionnaires », *Gaz. Pal.*, n°Hors-série 2, 6 juin 2016, p. 6.
- « L'ORA et la réduction de capital à zéro », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 99.
- « La fin de la connexion apports/capital ? », *in* COURET (A.)(Dir.), LE NABASQUE (H.)(Dir.), *Quel avenir pour le capital social ?*, 2004, *D.*, p. 103
- « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD. Com.* 1999, 273.
- « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. Sociétés*, Actes Pratiques, 1997, n°36.

LECOURT (A.),

- « Le devoir de loyauté du dirigeant à l'épreuve de l'unanimité », *RTD com.* 2020, p. 659.
- « Responsabilité personnelle de l'associé majoritaire envers un tiers », *RTD com.* 2019, p. 675.

LEGROS (J.-P.),

- « Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, n°6, Juin 2014, Étude 11, spéc. 11.
- « Premier regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2014, 733.
- « Le droit de vote dans les sociétés en difficulté », *Dr. Sociétés*, n°7, juill. 2014, dossier 8.
- « Société en liquidation », *Rev. Sociétés* n°5, mai 2013, comm. 90.
- « Sociétés et droit des entreprises en difficulté : gestion et restructuration », *in* ROUSSEL-GALLE (P.), *Entreprise en difficulté*, 2012, LexisNexis, Droit 360°, p. 111, n°262.

- « Plan de sauvegarde ou de redressement », *Dr. Sociétés*, n°10, Octobre 2011, comm. 180.
- « Libération du capital », *Dr. Sociétés*, n°6, Juin 2009, comm. 124.
- « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », in *Les mesures de prévention du nouveau titre I du Livre VI du Code de commerce*, *Dr. Sociétés*, oct. 2005, p. 8 et spéc. n°87.

LEBEL (C.),

- « Le départ d'un associé d'une société en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 29.
- « L'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'exige pas qu'à la date de l'adoption du plan, le dirigeant ait été définitivement évincé après le paiement de ses droits sociaux », *Gaz. Pal.*, 12 avr. 2016, n°262h3, p. 65.
- « Cession forcée des parts sociales : qualité de dirigeant de droit ou de fait, détenteur de droit sociaux », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, juillet 2010, comm. 155.
- « Auteur de la demande », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, Mars 2010, comm. 53.
- « Cession forcée des parts sociales : qualité de dirigeant de droit ou de fait, détenteur de droit sociaux », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, juillet 2010, comm. 155.
- « Les mesures conservatoires dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. Proc. Coll.*, 2009, dossier 6, spéc. n° 14.
- « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.*, mars 2009, n°H3521, p. 46.

LECUYER (H.),

- « La loi de sauvegarde article par article », *LPA*, 8 févr. 2006, n°28, p. 4.

LEDAN (J.),

- « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. Sociétés* n°11, nov. 2010, étude 17.

LEGRAND (F.), LEGRAND (M.-N.), MONSERIE-BON (M.-H.),

- « Qu'est ce qui change pour les partenaires de l'entreprise en difficulté ? », *Rev. Proc. Col.*, mars 2014, dossier 18, n°2.

LEGRAND (M.-N.), LUBY (M.),

- « Le dessaisissement de l'associé (Droit des procédures collectives ? Droit des sociétés ?) », in *Les droits et le droit*, Mélanges en l'honneur du professeur LE CANNU (P.), L.G.D.J., Dalloz, Paris, 2014, p. 705.

LEGROS (J.-P.),

- « Le droit de vote dans les sociétés en difficulté », *Dr. Sociétés*, n°7, juill. 2014, dossier 8, n°6.
- « Traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2014, Étude 11, n°6.
- « Société en liquidation », *Dr. Sociétés*, n°5, mai 2013, comm. 90.
- « Associé et redressement judiciaire », *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2013, comm. 109.
- « Sociétés et droit des entreprises en difficulté. Gestion et restructuration de la société », In ROUSSEL-GALLE (P.) (Dir.), *Entreprise en difficulté*, 2012, LexisNexis, Droit 360°.
- « L'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant la loi de sauvegarde des entreprises. – Seconde partie : redressement, obligataires, liquidation et sanctions », *Dr. Sociétés*, n°4, avr. 2009, étude 8, spéc. n°3.
- « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Le sort des membres et dirigeants des personnes morales (4^e partie) », *Dr. Sociétés.*, N° 1, janvier 2006.

LEPARGNEUR (J.),

- « L'exclusion d'un associé », *Journal des Sociétés*, 1928, p. 274.

LIBCHABER (R.),

- « La société contrat spécial », in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec JEANTIN (M.), *D.*, 1999, p. 281.

LIENHARD (A.),

- « Le dirigeant peut faire appel de la décision qui ordonne la cession forcée de ses actions », *D.*, 2001, p. 2299.

LOGET (J.), PERES (A.),

- « Technicolor : Une restructuration riche d'enseignements », *BJS*, 1 janvier 2011 n°1, p. 64.

LONGUEUE (C.), VANDEWAETER (D.), VOELKER (D.), WLACHE (D.),

- « Le devoir de conseil du notaire », *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2002, n°190, p. 12.

LUCAS (F.-X.),

- « Vers un statut de l'associé de société en difficulté », *BJS*, mars 2020, n°120q9, n°3, p. 1.
- « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS*, sept. 2018, n°9, p. 477.
- « Coupable d'indulgence d'un législateur ingénu », *BJE*, sept. 2017, n°5, p. 305.
- « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°Hors série 2, 6 juin 2016, p. 50.
- « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 sept 2015, n°5, p. 317.
- « Le financement imposé à l'associé sous peine d'éviction », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, préface de PEROCHON (F.), LexisNexis, 2015, p. 93.
- « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS*, 1 juin 2014, n°6, p. 403.
- « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelle responsabilité ? (1ère partie), *Rev. Proc. Coll.*, Juill. 2014, dossier 36, §7.
- « Nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté », *LEDEN*, 2014, n°4
- « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, 1 mars 2014 n°2, p.111.
- « 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 », *BJE*, 2013/5, p. 332
- « Épilogue Cœur défense : *vade mecum* du plan de sauvegarde », *LEDEN*, avril 2013, n°4, p. 5.
- « Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté – propos conclusifs », in Le Cannu (P.)(Dir.), *Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté*, Les dossiers de la RIDE, 2012, p. 109.
- « La qualité d'associé de l'usufruitier de parts sociales », *Bull. Joly*, 2007, p. 923.
- « Coup d'accordéon et abus de majorité, révocation du directeur général et du respect du principe de la contradiction », *RD com.*, 1 juill. 2006, n°3, p. 798.
- « La loi de sauvegarde, article par article [1^{re} partie] », *LPA*, 8 févr. 2006, p. 82.
- « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RD banc. Et fin.*, mars-avril 2005, p. 50 et s.

- « La distinction des titres de capital et des titres de créance », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, 2004, D., p. 21, spéc. p. 24.
 - « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, actes colloques CRAJEFE », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 14.
 - « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », *RD banc. Et fin.* 2002, p. 216.
 - « Les associés et la procédure collective », in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 7.
 - « Les associés et la procédure collective », *LPA*, 9 janvier 2002, n°7, p. 7.
 - « Les filiales en difficulté », *LPA*, 4 mai 2001, n°89, p. 66.
- LUCAS (F.-X.), PORACCHIA (D.),**
- « L'expropriation de l'associé qui ne finance pas la restructuration de la société en redressement judiciaire », in « *Le juriste dans la cité* ». Études à la mémoire de Neau-LEDUC (P.), L.G.D.J., 2018, p. 639.
- LYON-CAEN (A.),**
- « La « doctrine » de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Libr. Techniques 1978, p. 599 et spéc. p. 609.
- LYON-CAEN (G.),**
- « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », in *Mélanges en l'honneur de DESPAX (M.)*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2001, spéc. p. 37.
- MACORIG-VENIER (F.),**
- « L'anticipation des difficultés de l'entreprise modernité du droit français et approche comparatiste », in SAINT-ALARY-HOUIN (C.)(Dir.), *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, L.G.D.J., les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 340.
 - « Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », *RTD Com.*, 2005, p. 829.
- MACORIG-VENIER (F.), MONSERIE-BON (M.-H.), SAINT-ALARY-HOUIN (C.),**
- « Rapport du Conseil d'analyse économique relatif aux « enjeux économiques du droit des faillites » », *Rev. Proc. Coll.*, n°6, nov. 2013, alerte 13.
- MACORIG-VENIER (F.), SAINT-ALARY-HOUIN (C.),**
- « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Rev. Banc et fin.*, 1 janv. 2006, p. 61.
- MALECKI (C.),**
- « L'actionnaire sans frontières et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées », *BJS*, 1 sept. 2007, n°9, p. 927.
- MARINELLI (V.),**
- « Obligations et devoirs de magistrats en Italie », *LPA*, 1 févr. 2008, n°24, p. 6.
- MARQUET (J.-Y.),**
- « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, n°148, p. 43.
- MARTIN (D.),**
- « L'exclusion de l'associé », *RJ Com.*, n°spécial, nov., p. 97.
- MARTIN-ROSE (R.),**
- « Regards sur l'obligation de non-concurrence en droit des sociétés », *JCP éd. E*, 2012, 1713.

MARTIN-SERF (A.),

- « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n°7, p. 31.
- « Faillite et personnes morales », Étude dédiées à ROBLOT (R.), in *Aspects actuels du droit commercial français*, 1984, L.G.D.J., p. 449 et spéc. p. 466 et s.

MARTIN (D.),

- « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social en droit des sociétés ? », in *Mélanges en l'honneur de SCHMIDT (D.)*, Joly, 2005, p. 359.
- « L'exclusion d'un actionnaire », *RJ com.*, n° spécial, nov. 1990, p. 97

MARTIN (D.), PORACCHIA (D.),

- « Regards sur l'intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2012, n°475.

MARTINEZ (J.), VERMEILLE (S.),

- « La constitutionnalité du projet de loi Macron et l'éviction des actionnaires : la révolution n'a pas lieu », banque mars 2015.

MASCALA (C.),

- « L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité », *Bull. Joly*, 2006, p. 5.

MASSART (T.),

- « Le devoir de loyauté face à l'obligation de confidentialité », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 689.

MASSON (F.),

- « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 84.

MATHEY (N.), STOUFFLET (J.),

- « La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, commentaire des dispositions applicables aux concours financiers », *RD Banc. Fin.*, 2006, p. 54.

MATSOPOULOU (H.),

- « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. Sociétés*, 1998, p. 21.
- « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. Sociétés* 2004, p. 283.

MATTOUT (J.-P.),

- « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées », in *Le contrat au secours de l'entreprise*, numéro spécial *RJ com.* du 1^{er} novembre 1999, p. 153.

MAUBRU (B.),

- « La perte du capital des sociétés à risque limité », *Deffrénois*, 1983, art 33142, p. 1185.

MAUPAS (L.),

- « Le devoir d'information de l'agent immobilier », *LPA*, 18 oct. 2007, n°209, p. 4.

MAURY (F.),

- « Incessibilité, cession forcée : les droits sociaux du dirigeant de société à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 31 juillet 2018, n°152, p. 35.

MAY (J.-C.),

- « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, 2004, L.G.D.J., p. 122.

MEKKI (M.),

- « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.*, 12 avr. 2016, n°14, p. 15.
- « Le projet « Macron » et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots », *D., Actu*, 1^{er} déc. 2014.

MELIN (F.),

- « Conformité à la Constitution de la cession forcée des droits sociaux en cas de redressement », *BJS*, 2 déc. 2015, n°12, p. 658.

MENJUCQ (M.),

- « Contrat de société et droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 jan. 2019, n°1, p. 60.
- « La société européenne », *Rev. Sociétés*, 2002, p. 225.

MERCIER (J.-L.),

- « Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés », *BJS*, nov. 2019, n°120, p. 44.
- « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°hors-série 2, n°266, p. 47.

MESTRE (J.),

- « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors série 2, p. 77.
- « Éthique et droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de HONORAT (A.)*, Frison-Roche, 2000, p. 295.
- « La société est bien encore un contrat... », in *Mélanges en l'honneur de MOULY (C.)*, Litec, 1998, p. 131.
- « Réflexions sur le pouvoir des juges dans la vie des sociétés », *RJ Com.*, 1991, n°spécial, p. 149.
- « De l'égalité en droit des sociétés (aspects en droit interne) », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 399.

MICHEL (P.),

- « De la cession du droit de vote », *Rev. Sociétés*, mars 1926, p. 80.

MINGASSON (J.-P.),

- « La responsabilité sociale des entreprises. Concept et place dans l'agenda politique européen », *LPA*, 26 fév. 2004, p. 7.

MONSERIE-BON (M.-H.),

- « Une rentrée sous le signe de nouveaux chantiers », *BJE*, sept. 2019, n°117, p. 1.
- « Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites : Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté », *Dr. et patr.*, Juillet-août 2014, p. 69.
- « Le projet de loi PACTE, une avancée pour le droit des entreprises en difficulté ? », *BJE*, sept. 2018, n°116, p. 338.
- « Les risques d'une procédure collective pour les associés et les dirigeants », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan 2018, p. 119.
- « Les associés », in MACORIG-VENIER (F.) (Dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, 2017, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 103.
- « L'article L. 631-19-1 du Code de commerce : un passage réussi au tamis de la QPC », *Act. Proc. Coll.*, 2015, repère 278.
- « Les retouches apportées au droit des sociétés en difficulté » in dossier « *Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du droit des faillites* », *Dr. et patr.*, Juillet-août 2014, p. 69.
- « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, mai-juin 2014, p.178.
- « Vivre en procédure collective, les droits des associés », *Rev. Proc. Coll.*, 2013, dossier 7.
- « Le contrôle des mouvements d'associés », in *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?* Lexisnexus, 2013.
- « Le plan de sauvegarde », in dossier « *Les grandes options de la loi de sauvegarde* », *Dr. Et Patr.*, n°146, mars 2006, p. 73, spéc. p. 75.

- « Le dessaisissement et l'avènement des droits propres », *RLDA*, Mars 2005, p. 53
- MONTERANT (T.),**
 - « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. Pal.*, 23-24 janv. 2008, p. 3.
- MONTRAVERS (M.-H.),**
 - « Faciliter le rebond du chef d'entreprise en France », *LPA*, 27 nov. 2009, n°237, p. 90.
- MORTIER (R.),**
 - « Quand l'accordéoniste perturbe le concert de volontés », *Dr. Sociétés*, août-septembre 2014, n°121.
 - « Sort du compte courant d'associé en cas de cession », *Dr. Sociétés*, n°4, avril 2013, comm. 60.
 - « La réalisation du coup d'accordéon », *JCP éd. E*, 2011, 1365.
- MOUIAL-BASSILANA (E.), PARACHKEVOVA (I.),**
 - « Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté, vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté », *RIDE*, 2012, dossier n°5.
- MOUILLARD (A.),**
 - « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficultés », *Gaz. pal.*, 6 juin 2016, n°Hors série 2, p. 40.
- MOURY (J.),**
 - « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD Com.*, 1989, p. 187 et spéc. n°4, p. 189.
- NEBOUL (N.),**
 - « Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'affectio societatis », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 425.
- NEUVILLE (C.),**
 - « Le gouvernement d'entreprise : Pour quoi faire ? », *LPA*, 7 mai 1997, n°55, p. 24.
- NOURY (A.-S.),**
 - « L'État actionnaire dans les restructurations financières des sociétés cotées », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 313.
- NURIT-PONTIER (L.),**
 - « La libération partielle du capital social : une solution pertinente pour les sociétés dispensées de capital minimum ? », *D.*, 2011, chron. 28.
- NUSSENBAUM (M.),**
 - « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors-série, p. 31.
 - « La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises », *Gaz. Pal.*, 28 août 2014, n°240.
- OPPETIT (B.),**
 - « Les tendances actuelles du droit français des sociétés », *Journées de la société de législation comparée*, 1989.
- PAGNUCCO (J.-C.),**
 - « L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable », *RTD Com.*, 2012, p. 55.

PAILLUSSEAU (J.),

- « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, 19 juin 1996, n°74, p. 26.
- « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Mélanges en l'honneur de HOUIN (R.), D. Sirey, 1985, p. 109.
- « Les fondements du droit modernes des sociétés », *JCP éd. E.*, 1984, 3148, n°1.

PANDO (A.),

- « Démembrement : une nouvelle répartition des droits de vote », *LPA*, 24 juill. 2019, n°149, p. 4.

PARACHKEVOVA (I.),

- « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *BJS*, 1 oct. 2018, n°10, p. 600.
- « La complexification des procédures collectives par le droit des sociétés », in CERATI-GAUTHIER (A.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.) (Dir.), *Les procédures collectives complexes*, 2017, Joly, Pratique des affaires, p. 243.
- « Cession forcée des droits sociaux des dirigeants : l'introuvable date de la perte de la qualité d'associé », *LEDEN*, mars 2016, n°3, p. 2.
- « L'indésirable réforme du droit des sociétés », *BJS*, avril 2016, n°114u9, p. 189, n°4, p. 189.
- « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS*, 1 oct. 2015, n°114d3, p. 529.
- « L'abus de minorité, le mandataire ad hoc et l'administrateur judiciaire : quelle place pour le secret professionnel et l'expertise *in futurum* ? », *BJS*, févr. 2015, n°2, p. 93.
- « L'associé responsable », *BJS*, 1 avr. 2015, n°04, p. 165.
- « Du nouveau dans la cession forcée des droits sociaux dans la procédure collective », *BJS*, 1 juin 2010, n°6, p. 559.
- « Les nouvelles responsabilités des dirigeants dans les procédures collectives : révolution ou évolution ? », *LPA*, 19 déc. 2006, n°252, p. 4.

PARIENTE (M.),

- « Les groupes de sociétés et la loi de 1966 », *Rev. Sociétés*, 1966, p. 465.

PARLEANI (G.),

- « Le règlement relatif à la société coopérative européenne et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux », *Rev. Sociétés*, 2004, p. 74.
- « Les actions délaissées », in dossier « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 715.
- « Les pacte d'actionnaires », *Rev. Sociétés*, 1991, p. 28-29.

PARTOUCHE (N.),

- « Les créanciers actionnaires : risques et opportunités », *BJE*, 1 juill. 2018, n°4, p. 319.

PEDAMON (M.),

- « La compensation des dettes connexes », *RJ com.*, Janv. 1992, p. 24, n°1335.

PELLETIER (N.),

- « L'éviction de l'associé dans le cadre du plan de redressement », *EDED*, 1 oct. 2015, n°9, p. 4.

PENNEAU (J.),

- « De l'irrégularité des conventions de vote dans les sociétés commerciales », *JCP éd. Cl.*, 1975, 11776.

PERCEROU (A.),

- « Des syndicats de producteurs », *Annales de dr. Com.* 1987, p. 271, spéc. 295.

PEROCHON (F.),

- « Les intérêts des créanciers : quelle évolution depuis 30 ans ? », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, 2017, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 111.

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.),

- « Le financement de l'entreprise en difficulté par de nouveaux associés », *Journ. Sociétés* n°137, 2016, p. 16.

PETEL (P.),

- « La reprise interne », in *Droit des sociétés et procédures collectives*, 2018, L'harmattan, p. 129.
- « Entreprise en difficulté : encore une réforme », *JCP éd. E*, 2014. 1223.
- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP éd. E*, 2005, 1509, p. 1743.
- « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D.*, 1998, p. 826.

PIC (P.),

- « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Annales de droit commercial*, 1906, p. 153.

PIETRANCOSTA (A.),

- « Capital zéro ou zéro capital », in COURET (A.)(DIR.), LE NABASQUE (H.)(DIR.), *Quel avenir pour le capital social ?*, 2004, *D.*, p. 131.

PIROVANO (A.),

- « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », *D.*, 1997, *chron.*, p. 190.

PISONI (P.),

- « Dirigeant social salarié d'une société concurrente : *quid* de l'obligation de loyauté ? », *Rev. Sociétés.*, 2017, p. 290.

PLANTIN (G.), THESMAR (D.), TIROLE (J.),

- « Les enjeux économiques du droit des faillites », les notes du conseil d'analyse économique, n°7, juin 2013.

PODEUR (G.),

- « Loi *Macron* : La prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, 1 janvier 2015 n°1, p. 1.

POHE (D.),

- « La distinction des sociétés à risques limités et de des sociétés à risques illimités à l'épreuve des récentes réformes de la SARL », *LPA*, 1 juin 2007, n°110, p. 3.

PORACCHIA (D.),

- « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS*, n°6, juin 2019, n°119, p. 40
- « Coup d'accordéon et pacte extrastatutaire », *Bull. Joly.*, oct. 2014, p. 382.

PRIEUR (J.),

- « Droit des contrats et droit des sociétés », 1997, étude SAYAG (A.), p. 371.

RAKOTOVAHINY (M.),

- « L'information des associés d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n°152, p. 24.

REBOUL (G.),

- « Faut-il encore réformer le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA*, 26 oct. 2007, p. 4.

REBOUL (N.),

- « Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'affectio societatis », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 425.

REGNAULT-MORTIER (C.),

- « Procédures collectives - les risques et responsabilités en droit des procédures collectives. Propos introductif », *Rev. Proc. Coll.*, 2010, dossier 2, n°9.
- « Les dirigeants de société », *Rev. Proc. Coll.*, 2006, 159.

REINHARD (Y.),

- « Simplification de la création d'entreprise, le droit des sociétés pour 2004 », in *Des lois initiative économique et sécurité financière aux réformes annoncées*, Journées d'études D. 2004, p. 6.

REMPELBERG (R.-M.),

- « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », *Arch. Phil. Dr.*, 2000, 67.

REVET (T.),

- « La clause légale », in *Mélanges en l'honneur de CABRILLAC (M.)*, D., Litec, 1999, p. 277.

REVIAL (T.),

- « Les actionnaires face à leurs responsabilités. Quelle responsabilité ? (2^e partie) », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, Juill. 2014, dossier 37, n°2.

REYGROBELLET (A.),

- « Bref propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contra la loi de sauvegarde », *LPA*, 17 févr. 2006, p. 58, n°35.

RIPERT (G.),

- « Rapport sur la notion juridique de l'entreprise », travaux De l'Asso. Henri Capitant, t. III, 1947, p. 55.

RIZZO (F.),

- « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com.*, 2000, p. 27.

ROBINE (D.),

- « L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? », *D.*, 2006, Chron., p. 69, n°11.

ROLAIN (M.),

- « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA*, 17 déc. 2014, n°251, p. 7.

ROSSIGNOL (J.-L.),

- « La fidélisation de l'actionnaire : une question de confiance », *LPA*, 11 août 2003, n°159, p. 3.

ROUAST (A.),

- « Déchéance protectrices et déchéances répressives dans le droit des successions », *RTD Civ.*, 1952, p. 1, spéc. n°3.
- « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.*, 1944, p. 1, n°11.

ROUSSEAU (S.), TCHOUTOURIAN (I.),

- « L'intérêt social en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2009, 735.

ROUSSEL GALLE (P.),

- « L'émergence d'un droit spécial des sociétés en difficulté », *JCP E*, n°25, 21 juin 2018, 1331.
- « Brèves observations sur la cession forcée d'actions d'une entreprise en redressement judiciaire », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 636, n°4.
- « Brèves observations sur la loi « Macron » et le droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 541.
- « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. Sociétés.*, 2014, p. 351.
- « La cession des titres du dirigeant et le ministère public », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 521.

- « L'introuvable droit des sociétés en difficulté », in *Mélanges en l'honneur de MERLE (P.), D.*, 2012, p. 608.
- « PC et QPC : un couple tumultueux... », *Rev. Proc. Coll.*, nov. 2012, n°6.
- « Quelques exemples de conflits d'intérêts dans le droit des entreprises en difficulté, colloque Les conflits d'intérêts en droit des affaires, *Gaz. Pal.*, 8 déc. 2011, n°342, p. 17.
- « Comment échapper à la cession forcée des actions », *Rev. Sociétés*, 2010, p. 194.
- « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, 1 déc. 2009, n°12, p. 1109, n°1.
- « Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP éd. E*, 2005, 1512.

ROUSSILLE (M.),

- « Repenser le droit des sociétés », *Dr. Sociétés*, nov. 2015, repère 10.

ROUVIERE (F.),

- « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.*, 2011, p. 1.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- « Présentation du CREDIF et des travaux », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 9.
- « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *BJE*, mai 2016, n°113, p. 223.
- « Les privilèges de la procédure », *LPA*, 14 juin 2007, p. 70, n°119.
- « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, regards sur les évolutions de ce dernier quart de siècle », in *Regards critiques sur quelques (R)évolutions récentes du droit*, 2005, Travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques, T. 1, les presses de l'université Toulouse I Capitole, p. 389.
- « Morale et faillite », in « Morale et droit des affaires », Actes du colloque organisé à l'université des sciences sociales de Toulouse, Paris, Montchrestien, 1996, p. 159.
- « La réforme des plans de redressement », *LPA*, 14 sept. 1994, n°14, p. 108.

SAINTOURENS (B.),

- « Les associés et le plan de continuation », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, Mai 2015, dossier 42, n°2.
- « Une avance en compte courant faite par un associé peut constituer un actif disponible pour la société », *Rev. Proc. Coll.*, Septembre 2009, comm.104.
- « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com.*, 1987, p. 457.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.),

- « Fin de l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion dans la SAS ? », *Gaz. Pal.*, n°23, 25 juin 2019, p. 45.
- « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté : un nouveau défi pour le juriste dans la cité », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc (P.)*, 2018, L.G.D.J., p. 925.

SAYER (P.),

- « Le devoir de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, n°hors-série 2, 6 juin 2016, p. 36, n°266.

SCHAPIRA (A.),

- « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD Com.*, 1971, 959.

SCHILLER (S.),

- « Pactes d'actionnaires et droit des entreprises en difficulté », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 75.

SCHMIDT (D.),

- « Réduire les pouvoirs des actionnaires », *BJB*, sept. 2018, n°05, p. 285.
- « La société et l'entreprise », *D.*, 2017. 2380.
- « Empty voting et cession du droit de vote », *Bull. Joly*, 2012, p. 42.
- « Réflexion sur le retrait obligatoire », *RD Banc et fin.* n°76, Nov.-Déc. 1999, p. 224.
- « Rapport de synthèse », *Cah. Dr. Entr.*, 1996, suppl. n°4, colloque des éditions *Juris. Cl.*, du 13 mai 1996, « Actionnaire et dirigeants – Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées », p. 25. « De l'intérêt social », *JCP éd. E*, 1995, I, n°488.
- « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », rapport de synthèse, colloque de Deauville, *Rev. Jur. Com.* 1990, n°11 bis.

SCHODERMEIER (M.-D.),

- « Le redressement ou la liquidation judiciaires de la société émettrice ou de l'actionnaire », in dossier « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 725.

SENECHAL (M.),

- « Le financement imposé à l'associé » in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, préface de PEROCHON (F.), LexisNexis, 2015, p. 111.

SERIAUX (A.),

- « La notion juridique de patrimoine : brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.*, 1994 801, p. 811.

SERLOOTEN (P.),

- « L'affectio societatis, une notion à revisiter », in *Aspect actuels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de GUYON (Y.), *D.*, 2003, p. 1007.
- « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.*, 1985, chron., p. 187.

SERRA (G.),

- « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *Bull. Joly*, 2004, p. 915.

STAES (O.),

- « Les limites au caractère dérogatoire ? », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 147.

STAUTONIE-LAGUIONIE (L.),

- « La « déjudiciarisation » du traitement des difficultés », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole 2017, p. 171.

STOFFEL-MUNK (P.),

- « Le préjudice moral des personnes morales », in Mélanges en l'honneur de LE TOURNEAU (P.), *D.*, 2008, p. 959.

STOCK (M.),

- « La réglementation des conventions de vote », *RJ. Com.*, 1991, p. 97.

STORCK (J.-P.),

- « La validité des conventions extrastatutaires », *D.*, 1989, chron 267.
- « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, p. 233.

STOUFFLET (J.),

- « Propos sur la transmission des créances », in Mélanges en l'honneur de WEILL (A.), *D.*, 1983, p. 511.

SUPIOT (A.),

- « Faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. Sociétés*, Janv. 2003.

SYLVESTRE (S.),

- « De l'efficacité d'une clause non-dilution en présence d'un coup d'accordéon », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 31.

TADROS (A.),

- « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.*, 2018, 1765.

TAIBI (A.),

- « La personne morale doit-elle continuer à payer l'addition sans être invitée au déjeuner ? », *LPA*, 4 août 2016, n°155, p. 16.

TALLON (D.),

- « Pourquoi parler de faute contractuelle ? » in Mélanges en l'honneur de CORNU (G.), *L.G.D.J.*, 2009, p. 429.
- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.*, 1994. 229.

TEBOUL (G.),

- « Droit des entreprises en difficulté : les nouveaux arrivages », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2017, n°12, p. 30.
- « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, oct. 2015, n°211, p. 5.
- « Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2015 n°71, p. 4.
- « Revue de printemps du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 21 mai 2015 n°101, p. 9.
- « La prise de risque en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2014, n°354, p. 3.
- « Petite sonate d'automne du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2013, n°148t.9.
- « La sauvegarde reprend des couleurs : le nouvel arrêt Cœur Défense », *LPA*, mars 2011, n°51, p. 6.
- « Le conflit d'intérêts dans les entreprises en difficulté, colloque les conflits d'intérêts en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 8 déc. 2011, n°342, p. 14.
- « L'affaire "Cœur Défense" : du nouveau », *LPA*, 9 mars 2010, n°48, p. 12.

TERRE (F),

- « Présentation », in l'obligation, 2000, Archives de philosophie du droit, *D.*, p. 9.

TERRIER (G.),

- « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, n°Hors-série 2, p. 24.

THERON (J.),

- « Les règles dérogatoires à la procédure », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, 2017, les presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 133.

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, p. 105, n°9.

TREBULLE (F.-G.),

- « Personnalité morale et citoyenneté, considération sur « l'entreprise citoyenne », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 41.
- « Stakeholders theory et droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2006, p. 1227.
- « Augmentation des engagements des associés et sort du solde du compte courant », *Dr. Sociétés*, févr. 2005, comm. 24.

TUNC (A.),

- « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes », *Rev. Gén. Dr. Com.*, 1942, p. 97.

URBAN (Q.),

- « Compétitivité et évolution du droit français des sociétés », *LPA*, 17 août 2006, p. 27, n°164.

VALLANSAN (J.),

- « La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1 janv. 2015, n°1, p. 9.
- « Propos introductifs à la loi de sauvegarde des entreprises », *Act. Proc. Coll.*, 2005, comm. n°166.
- « Liquidation judiciaire d'une société et représentation de la personne morale par ses dirigeant (à propos de Paris, 3^e ch. B., 24 mai 2002) », *BJS*, 2002, p. 1154, §247.

VALLENS (J.-L.),

- « Constitutionnalité des règles de la procédure collective », *RTD Com.*, 2013, p. 353.

VASSEUR (M.),

- « L'entreprise et l'argent », *D.*, 1982, chron. p. 12.

VAUVILLE (F.),

- « Les obligations du couple », *Gaz. Pal.*, 2013, n°89, p. 13.

VERMEILLE (S.),

- « Le volet droit des faillites de la loi « Macron » : une intention louable au départ, mais un résultat dangereux à l'arrivée », *D.*, 2015, p. 382.

VIANDIER (A.),

- « Les actions de préférences », *JCP éd. E*, 2004, p. 1528, nos°15 et s.
- « L'intérêt social cède-t-il devant la raison d'État ? », *Bull. Joly*, 1991, §85, p. 277.
- « Observations sur les conventions de vote », *JCP éd. G.*, 1987, 3253.

VINCKEL (F.),

- « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, Janvier 2011, étude 4.

WAHL (A.),

- « Des restrictions statutaires apportées à la désignation des administrateurs ou des commissaires de surveillance et au droit de voter dans les assemblées de sociétés anonymes », *Journal des Sociétés*, 1913, p. 337.

WESTER-OUISSE (V.),

- « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP éd. G*, 2003, I, 145.

YUNG (W.),

- « Devoir généraux et obligations », in *Mélanges en l'honneur de SCHÖNENBERGER (W.)*, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1968.

ZATTARA-GROS (A.-F.),

- « Sous-capitalisation d'une société en liquidation judiciaire : à la recherche du responsable de l'insuffisance d'actif », *Gaz. Pal. éd spécialisée*, vendredi 8 mai au mardi 12 mai 2015, n°128 à 132.

IV. Dictionnaires, Recueils et Répertoires

BLANC (G.),

- *Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement*, Rép. D. Com., avril 2021.

BESNARD GOUDET (R.),

- *Actions. – Dette du non-versé*, Fasc. 1850, Juris-Cl., 21 févr. 2016.
- *Actions-Obligation de paiement du non-versé*, Fasc. 1855, Juris. Cl., 21 févr. 2016.
- *Consentement des parties – Promesse de société*, Fasc. 7-30, Juris. Cl., 21 avr. 2015.

CABRILLAC (R.),

- *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2022*, LexisNexis, 13^{ème} éd. 2021.

CADIET (L.), LE TOURNEAU (P.),

- *Abus de droit*, Repert. Dr. Civ. Dalloz, 2008.

CAGNOLI (P.),

- *Entreprise en difficulté : procédure et organes*, Repert. Dr. Com., juin 2021.

CORNU (G.),

- *Vocabulaire juridique*, PUF, Association Capitant (H.), 13^{ème} éd. 2020.

DIDIER (P.),

- *Encyclopédie juridique*, Rép. Dr. Soc. Dalloz, 1985.

DAIGRE (J.-J.),

- *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes Morales et Dirigeants)*, Rép. Dr. Soc. Dalloz, avril 2018.

DELPECH (X.),

- *Compte courant d'associé*, Rép. Dr. Soc., Dalloz, juill. 2021.

DOM (J.-P.),

- *Redressement et liquidation judiciaires. Situation des associés*, Fasc. 2375, Juris. Cl., 15 sept. 2018.

GERMAIN (M.),

- *Synthèse, contrat de société : éléments constitutifs*, Fasc., Juris. Cl., 17 juillet 2008.

GIBIRILA (D.),

- *Comptes courants d'associés*, Fasc. 1099, Juris. Cl., 5 juill. 2019.

GUYON (Y), MAIROT (A.),

- *Affectio societatis*, Fasc. 20-10, Juris. Cl., 21 sept. 2016.

HOUIN-BRESSAND (C.), SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- *Sauvegarde et redressement judiciaire. - Plan de redressement*, Fasc. 2630, Juris. Cl., 15 mars 2020.

JOLY (A.),

- *Dictionnaire du droit des sociétés anonymes*, Série A, 1982.

LEGROS (J.-P.),

- *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. Sort de la personne morale*, Fasc. 2390, Juris. Cl., 15 mars 2020.

LOIR (R.),

- *Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaire. - situation des créanciers. Compensation*, Fasc. 2372, Juris. Cl., 15 mars 2020.

LUCAS (F.-X.),

- *Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes*, Fasc. 15-10, Juris-Cl., nov. 2015.

MARTIN-SERF (A.),

- *Consentement des parties. - Sociétés fictives et frauduleuses*, Fasc. 7-40, Juris. Cl., 18 décembre 2019.
- *Redressement et liquidation judiciaires, Mesures et actes conservatoires*, Fasc. 2310, Juris-Cl., nov. 2017.
- *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l’égard de la personne morale*, Fasc. 41-45, Juris. Cl., 9 juin 2017.

MASSART (T.),

- *Contrat de société*, Rép. D. Soc., Dalloz, juill. 2021.

MONSERIE-BON (M.-H.),

- *Entreprise en difficulté : période d’observation*, Rép. D. Com. Dalloz, oct. 2020.

MOUIAL BASSILANA (E.),

- *Entreprise en difficulté : avant –propos*, Rép. D. Com. Dalloz, juin 2021.

MOULIN (J.-M.),

- *Sociétés Anonymes.-Droit des actionnaires*, Fasc. 1484, Juris-Cl., 15 oct. 2020.

PICOD (Y.),

- *Obligations*, Rép. Dr. Civ. Dalloz, janv. 2019.
- *Art. 1134 et 1135, contrats et obligations. Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions*, Fasc. 11, Juris. Cl., 2013.

PUIGELIER (C.)(DIR.),

- *Dictionnaire juridique*, Bruylant, 3^{ème} éd. 2020.

VALLANSAN (J.),

- *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Situation des créanciers-Exigibilité des dettes*, fasc. 2360, Juris. Cl., 15 mars 2020.
- *Prévention et traitement des difficultés des entreprises. Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. Présentation*, fasc. 1705, Juris. Cl., 15 octobre 2014.

V. Rapports

- Rapp. Ass. Nat., n°572, Projet de loi pour l’initiative économique, t. I, par M. NOVELLI (H.) et Mme. VAUTRIN (C.)

- Rapport au président de la république relatif à l’ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JORF n°0062, 14 mars 2014, p. 5243, texte n°2.

- Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de de l’administration générale de la république, sur le projet de loi (n°3204), adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle par M. Jean Michel Clément et M. Jean Yves Le Bouillonnet, Chap. III. §II, B, 2, e.

VI. Jurisprudences

A. Cour européenne des droits de l'homme

- **2002** -
- CEDH, 25 juill. 2002, n°48553/99, *Sovtransavto holding c/ Ukraine*, JCP éd. G, 2003, I, 109, Chron. n°10, note SUDRE (F.).
- CEDH, 7 nov. 2002, n°30417/96, *Olczyk c/ Pologne*, RJ com., 2004, p. 419.

B. Cour de justice des communautés européennes et Cour de justice de l'union européenne

- **1991** -
- CJCE, 30 mai 1991, *Karella e.a. / Ypourgio viomichanias, energeias & technologias e.a. (C-19/90 et C-20/90)*, Rec. 1991 p. I-2691), BJS, 1991, p. 1143, § 400, note SAINTOURENS (B.).
- **1992** -
- CJCE, 24 mars 1992, *Vasko SA et a. c/ AOE* : BJS 1992, p. 6723, note LE CANNU (P.).
- **1996** -
- CJCE, 12 mars 1996, *Panagis Pafitis e.a. c/ trapeza Kentrikis Ellados e.a.*, (C-441/93, Rec. 1996 p. I-1347), BJS oct. 1996, n°285, p. 814, note SAINTOURENS (B.).
- **2009** -
- CJCE, 15 oct. 2009, *Audionx SA e. a. c/ Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e.a., Bertelsmann AG e.a.*, n°C-101/08, BJB, 1 oct. 2010, n°1, p. 34, note SCHMIDT (D.) ; BJS, 1 avr. 2010, n°4, p. 371, note MOULIN (J.-M.) ; *Rev. Sociétés*, 1 mars 2010, n°1, p. 45, note PARLEANI (G.) ; *Gaz. Pal.*, 11 nov. 2009, n°315, p. 23.
- **2016** -
- CJUE, 8 nov. 2016, n°C-41/15, BJS, 1 mai 2017, n°5, p. 303, note GAUDEMET (A.).

C. Conseil constitutionnel

- **1982** -
- Cons. Const., 16 janv. 1982, *D.*, 1983, p. 169, note HAMON (L.).
- **1988** -
- Cons. Const., 7 janv. 1988, n°87-232, DC, *Mutualisation du crédit agricole*, Rec. 17.
- **2012** -
- Cons. Const., 7. Déc. 2012, n°2012-286, QPC, *Sté Pyrénées services et a.*, Rec. 642.
- **2013** -
- Cons. Const., 15 nov. 2013, n°2013-352, QPC, *Sté Mara Télécom et autre*, Rec. 1036.
- **2014** -
- Cons. Const., 7 mars 2014, n°2013-368, QPC, *Sté Nouvelle d'exploitation Sibrau hôtel*.
Cons. Const., 7 mars 2014, n°2013-372, QPC, *M Marc V*.
- **2015** -
- Cons. Const., 5 août 2015, n°2015-715, DC, n°141, JCP éd. E 2015, 1461, obs. CERATI-GAUTHIER (A.) ; *D.*, 2015, p. 1963.
- **2015** -
- Cons. Const., 7 oct. 2015, n°2015-486 QPC, *pour M. Gil. L par Spinosi et Sureau.*, JCP éd. E 2015, 1562, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; JCP éd. G 2015, 1390, note BRIGNON (B.) ; *BJE*, nov. 2015, n°112u5, p. 362, note FAVARIO (T.) ; *Dr. Sociétés*, 2015, comm. 218, obs. LEGROS (J.-P.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015, repère 278, MONSERIE-BON (M.-H.).

D. Conseil d'État

- **2016** -
- CE, 14 juin 2016, n°394599 et 395021, Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, spéc. n°99.

E. Cour de cassation

- **1855** -
- Cass. Civ., 28 mars 1855, *aff. Consorts Raynaud c/ SARL Ambulances réunies*, *D.*, 1855, 1, p. 230.
- **1861** -
- Cass. Req., 17 avril 1861, *DP*, 1861, 1, 254.
- **1887** -
- Cass. Req., 4 janv. 1887, *DP* 87. 124 ; 15 juin 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.2.
- **1892** -
- Cass. Civ., 30 mai 1892, *D.*, 1893, 1, p. 505, note THALLER (E.).
- **1902** -
- Cass. Civ., 18 juin 1902, *D.*, 1902, 1, p. 385 ; Req., 25 oct. 1897, *D.*, 1898, 1, p. 297.
- **1914** -
- Cass. Ch. Réun., 11 mars 1914, *Caisse rurale de la commune de Manigod*, *DP* 1914, 1, 257, note L.S.
- **1932** -
- Cass. Civ., 7 avr. 1932, *D.*, 1933, I, 153, note CORDONNIER (P.) ; *Journal des Sociétés*, 1934, p. 289, note LECOMPTE (H.) ; *S.*, 1993, I, p. 177, note ROUSSEAU (H.).
- **1935** -
- Cass. Civ., 6 mars 1935, *Journal des Sociétés* 1936, p. 614.
- **1937** -
- Cass. Com., 9 févr. 1937, *DP*, 1937, I, p. 73, note BESSON (A.).
- **1943** -
- Cass. Req., 16 nov. 1943, *Journal des sociétés*, 1944, p. 277.
- Cass. Civ., 26 oct. 1943, *D.*, C. 1944, p. 93, note CHERON (A.) ; *Journal des Sociétés*, 1945, p. 45, note BOSVIEUX (H.).
- **1950** -
- Cass. Com., 23 janv. 1950, *D.*, 1950, p. 300 ; *JCP éd. Cl.*, 1950, II, n°5355, note LESCOT (P.).
- **1955** -
- Cass. Crim., 1^{er} févr. 1955, *Bull. Crim.*, n°74 ; *D.*, 1955, p. 384 ; *JCP*, 1955. II. 8582, note PAGEAUD (P.-A.).

- **1956** -
- Cass. Com., 22 oct. 1956, *JCP*, 1956, II, n°9678
- **1960** -
- Cass. Civ., 28 déc. 1960, *Bull. Civ.*, 1960, I, 468.
- Cass. Com., 10 juin 1960, *Bull. Civ.*, IV, n°227 ;
- **1961** -
- Cass. Com., 12 juin 1961, *Bull. Civ.*, III, n°265 ; *D.* 1961, jurispr., p. 661 ; *Gaz. Pal.*, 1961, II, 176 ; *D.*, 1961, p. 661.
- Cass. Com., 18 avr. 1961, *Bull. Civ.*, III, n°175 ; *D.*, 1961, 661.
- **1962** -
- Cass. Com., 19 nov. 1962, *Bull. Civ.*, III, n°463.
- **1967** -
- Cass. Crim., 29 juin 1967, *Bull. Crim.*, n°199 ; *D.*, 1968, p. 2 ; *JCP*, 1968. II. 15377, note PRADEL (J.).
- **1970** -
- Cass. Com., 21 janv. 1970, n°68-11.085, *Bull. Civ.*, IV, n°28 ; *JCP*, 1970, II, 16541, note OPPETIT (B.) ; *Rev. Sociétés*, 1970. 292, J. G. ; *RTD Com.*, 1970, p. 738, n°16, obs. HOUIN (R.).
- **1971** -
- Cass. Crim., 19 oct. 1971, n°70-90.661, *Bull. Crim.*, n°272 ;
- **1973** -
- Cass. Com., 18 juin 1973, *Rev. Sociétés*, 1973, p. 682 ; HOUIN (R.), obs. sous Cass. Com., 18 juin 1973, *RTD Com.*, p. 826. Note SORTAIS (J.-P.), sous
- **1974** -
- Cass. Com., 17 juin 1974, n°73-10.541, *Bull. Civ.*, IV, 1974, n°194, p. 156 ; *RTD Com.*, 1975, p. 534, note HOUIN (R.) ; *Rev. Sociétés*, 1977, p. 84, note RANDOUX (R.).
- **1975** -
- Cass. com., 16 déc. 1975, *D.*, 1978, 292, note TEMPLE (H.) ; 25 févr. 1986, *Bull. Civ.*, IV, n° 32.

- Cass. Com., 3 mars 1975, n°73-13.721, *Bull. Civ.*, IV, n°68 ; *BJS*, déc. 1975, n°397, 665 ; *Rev. Sociétés*, 1975, p. 474, note RANDOUX (D.) ; *RTD Com.*, 1976, p. 111, note CHAMPAUD (C.).

- **1976** -

- Cass. Com., 13 déc. 1976, *Rev. Sociétés*, 1977, p. 290, note HONORAT (A.).
Cass. Com., 28 juin. 1976, *Rev. Sociétés*, 1977, p. 237, note J.-H.

- Cass. Civ., 22 juin 1976, *D.*, 1977, p. 619.

- **1981** -

- Cass. Com., 19 mars 1981, *JCP*, 1982, 19720, note GUYON (Y.).

- **1982** -

- Cass. Com., 9 nov. 1982, *D.*, 1983, jurispr., p. 466, note HONORAT (A.) ; *RTD Civ.*, 1983, p. 356, obs. REMY (P.).

- Cass. Com., 15 juill. 1982, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 75, note SORTAIS (J.-P.) ; *BJS*, 1982, p. 968, § 411.

- Cass. Civ., 22 juin 1982, *D.*, 1983, 87, note GOURLAY (G.).

- Cass. Com., 25 janv. 1982, *BJS* 1982, p. 266.

- **1983** -

- Cass. Com., 19 déc. 1983, *Rev. Sociétés*, 1985, p. 105 note SCHMIDT (D.).

- Cass. Com., 7 juin 1983, n°81-11.437, *Rev. Sociétés*, p. 796, note LE CANNU (P.).

- **1985** -

- Cass. Com., 2 juill. 1985, *Bull. Joly*, 1986, §100.

- **1986** -

- Cass. Com., 18 nov. 1986, n°84-13.750, *Bull. civ.*, 1986, IV, n°216, p. 187 ; *JCP éd. E*, 1987, II, 20806, note JEANTIN (M.) ; *Rev. Sociétés*, 1987, p. 581, note URBAIN-PARLEANI (I.) ; *RD banc. Et fin.*, 1987, n°1, p.3, obs. JEANTIN (M.) et VIANDIER (A.) ; *D.*, 1987, p. 283, note BOUSQUET.

- Cass. Com., 18 nov. 1986, n°91-11.558, *JCP*, 1987. II. 20806, note JEANTIN (M.) ;

D., 1987. 389, note BOUSQUET (J.-C.) ; *Rev. Sociétés*, 1987. 581, note URBAIN (I.).

- Cass. Civ., 20 oct. 1886, DP 1887.I.85 ; Cass. Req. 1^{er} mai 1907, DP 1907. I.373.

- Cass. Com., 7 oct. 1986, *Bull. Joly*, 1987.32 ; 9 janv. 1990, *JCP* 1990. IV. 94.
86 Cass. Civ., 16 juill. 1986, *Bull. Civ.*, I, n°212 ; *RTD Civ.*, 1987, p. 748, note MESTRE (J.)

- Cass. Com., 3 juin 1986, n°85-12.118, *Bull. Civ.*, IV 1986, n°116, p. 98 ; *Rev. Sociétés*, 1986, p. 585, note GUYON (Y.).

- **1987** -

- Cass. Crim., 27 avr. 1987, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, n°3, p. 314, obs. SOINNE (B.)

- **1988** -

- Cass. Com., 8 nov. 1988, *Rev. Proc. Coll.*, 1989, n°2, p.159. Obs. SAINT-ALARY-HOUIN (C.) ; *Bull. Civ.*, I, n°313.

- **1989** -

- Cass. Com., 30 mai 1989, n°87-18.083, *Bull. civ.*, IV, n°174 ; *Rev. Sociétés*, 1989, p. 87.

- Cass. Com., 7 mars 1989, n°87-12.882, *Bull. Civ.*, IV, n°81 ; *RTD Com.*, 1990, p. 406, obs. CHAMPAUD (C.) ; Defrénois 1989, p. 1280, obs. HONORAT (J.) ; *Rev. Sociétés*, 1989, 473, note CHARTIER (Y.).

Cass. Com., 2 mai 1989, *RTD Com.*, 1990, p. 100, obs. MERLE (P.).

- **1990** -

- Cass. Civ., 6 nov. 1990, n°88-17-995, *BRDA*, 22/1990, n°22, p. 16

- Cass. Com., 6 juin 1990, n°88-19.420 et n°88-19.783, *BJS*, 1990, p. 782, §233 ; *Rev. Sociétés*, 1990, 606, note CHARTIER (Y.).

- Cass. com., 6 mars 1990, n°88-11.500, *Bull. civ.*, IV, n° 65 ; *D.*, 1990, jur., p. 218, note DERRIDA (F.) ; *JCP éd. G* 1990, II. 21513, note BOLARD (G.) ; *Rev. Proc. coll.*, 1991, p. 292, obs. SOINNE (B.) ;

- **1991** -

- Cass. Com., 3 déc. 1991, *Rev. Sociétés*, 1992, 305, note GUYON (Y.).

91 Cass. Com., 5 mars 1991, n°89-21.381, *BJS*, 1991, p. 499.

- Cass. Com., 12 nov. 1991, *Sté Acanthe c/ Fille Kerviel*, RTD Com., 1992, p. 820, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

- Cass. Crim., 30 sept. 1991, n°90-83.965, *Bull. Joly*, 1992, §40, p. 153, note BARADERIE (D.) ; *Rev. Sociétés*, 1992, p. 356, note BOULOC (B.).

- Cass. Com., 28 mai 1991, *Bull. Civ.*, IV, n°187, p. 133 ; *D.*, 1992, somm., p. 184 et *Rev. Sociétés*, 1992, p. 373, note HONORAT (A.) ; *RJDA*, 1991-8/9, n°750, p. 660.

- Cass. Com., 6 mai 1991, n°89-13.780, *Rev. Sociétés*, 1991, 760, note GUYON, RTD Com., 1992, 621, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; Cass. Com., 11 févr. 1964, *Bull. Com.*, 1964, III, n°67

- Cass. com., 15 janv. 1991, n° 89-15.822, *Sté Hôtel du Centre c/ Clanet* : JurisData n° 1991-000140 ; *Bull. civ.*, 1991, IV, n° 27 ; *JCP éd. E*, 1991, I, 44, n° 7, obs. CABRILLAC (M.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.) ; *BJS*, 1991, p. 425, n°147, note LE CANNU (P.) ; *RJ. Com.*, 1991, p. 385, note MERLE (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 383, note GUYON (Y.) ; *Bull. Joly*, 1991, p. 394, note CALENDINI (J.-M.).

- **1992** -

- Cass. Com., 15 juill. 1992, n°90-17.216, *JCP éd. E*, 1992, n°375, note GUYON (Y.), p. 285 ; *JCP éd. E*, 1992, II, 21944, p. 387, note BARBIERI (J.-F.) ; *RJDA*, 8/9 1992, n°826 ; *Dr. Sociétés*, 1992, n°207 note LE NABASQUE (H.) ; *Rev. Sociétés*, 1993, 400, note MERLE (P.) ; *Bull. Joly*, 1992, §353, p. 1083, LE CANNU (P.).

- Cass. Com., 15 juill. 1992, n°90-17.754, *Rev. Sociétés*, 1993, p. 103, note BARBIERI (J.-F.) ; *Dr. Sociétés*, 1992, comm. n°234, note LE NABASQUE (H.) ; *BJS*, 1992, p. 1184.

- Cass. Com., 14 janv. 1992, n°90-13.055, *Sté Vitama c/ Tebranchi et autre.*, *BJS*, mars 1992, n°3, p. 273 ; *JCP*, 1992, E, II, 301, note VIANDIER (A.) ; *LPA*, 1992, n°80, note GIBIRILA ; *JCP éd. N*, 5 juin 1992, n°23, p. 193, note BONNEAU (T.).

- **1993** -

- Cass. Com., 14 déc. 1993, n°92-21.225 : *JCP éd. E*, 1994, II, 567, obs. GUYON (Y.) ; *JCP éd. E*, 1993, II, 448, note VIANDIER (A.).

- Cass. Com., 27 avr. 1993, n°91-10.867, *Rev. Sociétés*, 1993. 648, note CHAPUT (Y.) ; *D.*, 1994, Somm., p. 45, obs. DERRIDA (J.).

- Cass. Com., 27 avr. 1993, n°91-14.882, *Bull. Joly*, 1993, p. 776, note LE NABASQUE (H.) ; *RJDA*, 1993, n°833 ; *Dr. Sociétés*, 1993, n°135, obs. BONNEAU (T.).

- Cass. Com., 9 mars 1993, n°91-14.685, *Flandin*, *BJS*, 1993, p. 537, § 152, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1993, JUR., p. 3(2)63, note GUYON (Y.) ; *Rev. Sociétés*, 1993, p. 403, note MERLE (P.).

- Cass. Com., 12 janv. 1993, n°91-11.558, *Bull. Joly*, 1993. 336, note COURET (A.).

- **1994** -

- Cass. Com., 13 déc. 1994, *aff. Du Midi Libre*, n°93-11.569 et n°93-12.349, *JCP éd. E*, 1995, I, 447, n°4, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *BJS*, 1995, p. 152, §38, note LE CANNU (P.) ; *RJDA*, 3/95, p. 200, note LE NABASQUE (H.) ; *JCP éd. E*, II, no 705, note PACLOT.

- Cass. Com., 4 oct. 1994, n°93-10.934, *Bull. Civ.*, n°278 ; Cass. Com., 24 janv. 1995, n°93-13.273, *Rev. Sociétés*, 1995, 46, note JEANTIN (M.) ; *D.*, 1995, I. R., p. 56 ; *Dr. Sociétés*, 1995, n°102, obs. VIDAL (M.) ; *RJDA*, 1995, n°439, p. 353 ; RTD Com., 1995, p. 623, obs. PETIT (B.) et REINHARD (Y.) ; *Bull. Joly*, 1995, §99, p. 303, LE CANNU (P.) ; Rép. Defrénois, 1995, art. 36091, HONORAT (A.) ; *Bull. Civ.*, IV, n°27.

- Cass. Com., 12 juill. 1994, *D.*, 1995, somm. 2, obs. DERRIDA (F.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1995, 149, obs. SOINNE (B.).

- Cass. Civ., 6 juill. 1994, n°92-12.839, *Bull. civ.*, III, n°140 ; *Rev. Sociétés*, 1995, p. 39, note SAINTOURENS (B.) ; *D.*, 1995, somm., p. 277, obs. MANGNIN (F.) ; *BJS*, 1994, p. 1105, n°307, note DEREU (Y.) ; *RTD Com.*, 1994, p. 723, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Dr. Sociétés*, 1994, n°149, note BONNEAU (T.).

- Cass. Com., 17 mai 1994, n°91-21.364, *Bourgeois et autres c/ Sté Usinor*, *Bull. Civ.*, IV, n°183 ; *Dr. Sociétés*, 1994, n°142, obs. LE NABASQUE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 2, 1994, 2, p. 747, note CHARTIER (Y.) ; *RTD Com.*, 1 juill. 2017, 3, p. 649-650, note MOURY (J.) ; *BJS*, Juill. 1994, p. 816, n°219, note DAIGRE (J.-J.) ; *Bull. Civ.*, IV, n°183 ; *RJDA*, 1994, p. 740, n°934 ; *Defrénois*, août 1994, p. 1035, n°35881, note HOVASSE (H.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 1485, note DANA DEMARET (S.) ; *RJDA*, 1994, p. 740, n°934 ; *RTD Com.*, 1996, p. 173, note REINHARD (Y.) ; *Gaz. Pal.*, 17 nov. 1994, p. 747, note CHARTIER (Y.) ; *RTD Com.*, 1996, p. 73, obs. PETIT (B.), REINHARD (Y.).

- Cass. Com., 5 avr. 1994, *Bull. civ.*, 1994, IV, n°142

- Cass. Com., 15 févr. 1994, n°92-12.330, *Bull. Joly*, 1994, §152, p. 508, note VELARDOCCHIO (D.).

- Cass. Com., 4 janv. 1994, n°91-20.256, *Bull. civ.* IV 1994, n°10, p. 8 ; *Dr. Et Patr.*, juillet-août 1994, p. 69, obs. BERTREL (J.-P.) ; *Dr. Et Patr.*, nov. 1994, p. 20, note BONDUELLE (P.) et TOLUB (B.) ; *Dr. Sociétés*, 1994, comm. N°45, note BONNEAU (T.) ; *Bull. Joly*, p. 249, note DAIGRE (J.-J.) ; *Gaz. Pal.* 1995, 1, p. 1, note DELVAL (M.) ; *Defrénois*, 30 avr. 1994, n°8, p. 556, note LE CANNU (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 278, note LECENE-MARENAUD ; *JCP éd E* 1994,

I, 363, n°4, note VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *RTD Civ.*, 1994, p. 644, note ZENATI (F.) ; *BJS*, 1994, p. 279, note DAIGRE (J.-J.) ; *JCP éd. N*, 1995, I, p. 269, GARÇON (J.-P.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 278, note LECENE-MARENAUD (M.).

- **1995** -

- Cass. Civ., 18 juill. 1995, n°93-19.449, *Bull. Joly*, 1995, p. 981, note SAINTOURENS (B.) ; *Defrénois*, 1996, p. 539, note FORGEARD ; *Dr. Sociétés*, 1995, n°210, note BONNEAU (T.).

- Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-14.195, n°988, *Tambour c/ Mixon ès-qual*, *Rev. Sociétés*, 1995, 753, note JEANTIN (M.) ; *BRDA*, 1995, n°11, p. 5 ; *RJDA*, 10/95, n°1107 ; *BJS*, 1 sept. 1995, n°9, p. 775, note CALENDINI (J.-M.) ; *Defrénois*, 1995, n°15-16, p. 961, obs. LE CANNU (P.) ; *JCP éd. E*, I, 513, n°9, obs. PETEL (P.), 816 ; *D.*, 1996, *Juris.* p. 322, note LOISEAU (G.) ; *JCP éd. G*, 1995, II, 22448, rapp. REMERY (J.-P.) ; *RD bancaire et bourse*, 1995, p. 221, n°52, obs. CAMPANA (M.-J.) et CALENDINI (J.-M.).

- Cass. Crim., 20 mars 1995, *Bull. Crim.*, 1995, n°110.

- Cass. Com., 7 févr. 1995, *Bull. Civ.*, IV, No40 ; *D.*, 1995, inf, rap. 75 ; B.R.D.A. 1995, n°4, p. 4 ; *Bull. Joly*, 1995, p. 419, note LE CANNU (P.).

- Cass. Com. 31 janv. 1995, n°91-20.735, note GUYON (Y.), *JCP éd. G*, 5 juillet 1995, n°27, p. 266-267 ; *D.*, 7 sept. 1995, n°30, p. 426-429, note PARLEANI (G.) ; *JCP éd. E.*, 11 mai 1995, n°19, p. 79-80, note GUYON (Y.) ; *LPA*, 26 avr. 1995, n°50, p. 23-26, note SOINNE (B.) ; *Rev. Sociétés*, 1 avr. 1995, n°2, p. 320-331, comm. LE NABASQUE (H.).

- Cass. Com., 24 janv. 1995, n°93-13.273, *Rev. Sociétés*, 1995, 46, note JEANTIN (M.) ; *D.*, 1995, I. R., p. 56 ; *Dr. Sociétés*, 1995, n°102, obs. VIDAL (M.) ; *RJDA*, 1995, n°439, p. 353 ; *RTD Com.*, 1995, p. 623,

obs. PETIT (B.) et REINHARD (Y.) ; *Bull. Joly*, 1995, §99, p. 303, LE CANNU (P.) ; Rép. Defrénois, 1995, art. 36091, HONORAT (A.).

- Cass. Com., 10 janv. 1995, n°92-20.214, *Rev. Sociétés*, 1995, p. 70, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1995, jur., p. 203, note COURET (A.).

1996

- Cass. Com., 11 juin 1996, n°94-15.295, *D.*, 1997. 2, obs. DERRIDA (F.).

- Cass. Com., 28 mai 1996, *Me Baumgartner c/ Bruyant*, n°94-10.688, *JurisData* n°1996-002081 ; *BJS*, 1996, p. 948, note CALENDINI (J.-M.).

- Cass. Com., 9 avr. 1996, *Rev. Sociétés*, 1997, p. 81, note BENAC-SCHIDT (F.).

- Cass. Com., 19 mars 1996, n°94-12.004, *JCP éd. E*, 1996, Pan. 617, et I, 584, n°17. 96 Cass. Com., 14 mai. 1996 et Cass. Com., 22 avr. 1977, *RTD Com.*, p. 682, note MARTIN-SERF (A.).

- Cass. Com., 12 mars 1996, n°93-17.813, *Juris Data* n°1996-000817, p. 584, §207, *BJS*, juill. 1996, n°JBS-1996-204, p. 576, note DAIGRE (J.-J.) ; *Bull. Civ.*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E*, 1996, IV, n°86 ; *JCP éd. E*, 1996, I, 426, note BONNEAU (T.) et II, 831, note PACLOT (Y.) ; *Rev. Sociétés*, 1996, p. 554, note BUREAU (D.) ; *D.*, 1997, jurispr., p. 133, note LANGLES ; *RTD Civ.*, p. 152-897, 1994. ; *Journal des sociétés*, déc. 2012, n°104, p. 28, note ANSAULT (J.-J.).

1997

- Cass. Com., 8 juill. 1997, n°95-15.216, *BJS*, 1997, p. 981, n°352, note LE CANNU (P.).

- Cass. Com., 1 juill. 1997, n°95-16.927, *Bull. Civ.* IV, n° 213, *JCP*, 1998. I. 111, n°4, obs. PETEL (P.).

- Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997.

Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Defrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.).

- Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-15.298, *M Aubert c/ Chaperon* ; *JurisData* n°1997-002187 ; *D. Affaires*, 1997. 762 ; *BJS*, 1997, p. 804, note CALENDINI (J.-M.) ; 18 janv. 2000, *Rev. Proc. Coll.*, 2002. 179, obs. LEBEL (C.) ; *RJDA*, 11/97, n°1357.

- Cass. Com., 20 mars 2007, n°05-19.225 (n°525 FSPB), *SA Hexagone hospitalisation Ile de France (cons. Rapp. Pietton), Dr. Et. Patr.*, 1 juin 2008, n°171, p. 98, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 29 mai 2008, n°22, p. 29, note MONSALLIER-SAINT MIEUX (M.-C.) ; *JCP éd. G*, 26 mars 2008, n°13, p. 38, note MONSALLIER-SAINT MIEUX (M.-C.) ; *D.*, 7 févr. 2008, n°6, p. 379, note HALLOUIN (J.-C.), LAMAZEROLLES (E.) ; *Lexbase hebdo-édition privée générale*, 24 janv. 2008, n°289, note LENHOF (J.-B.) ; *RTD Com.*, 1 oct. 2007, n°4, p. 746, note CHAMPAUD (C.) ; DANET (D.) ; *Rev. Sociétés*, 1 oct. 2007, n°4, p. 806, note CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.) ; *JCP éd. G* 31 juill. 2007, n°31, p. 19, note CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), WICKER (G.) ; *RTDF*, 1 juill. 2007, n°2, p. 88, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 14 juin 2007, n°24, p. 20, note VIANDIER (A.) ; *BJS*, 1 juin 2007, n°6, p. 745, note SCHMIDT (D.) ; *Rev. Lamy. Dr. Aff.* 1 juin 2007, n°17, p. 14, note CERATI-GAUTIER (A.) ; *RLDA*, 1 juin 2007, n°17, p. 10, note GIBIRILA (D.) ; *JCP éd. E*, 3 mai 2007, n°18, p. 28 ; *CJFI*, 1 mai 2007, n°45, p. 141, note TAUGOURDEAU (P.) ; *RJ com.*, 1 mai 2007, n°3, p. 216, note MONSERIE-BON (M.-H.) ; *Dr. Sociétés*, 1 mai 2007, n°5, p. 17, note LECUYER (H.) ; *Lexbase hebdo-édition privée générale*, 26 avr. 2007, n°257, note TECHENE (V.).

- Cass. Com., 21 janv. 1997, n°94-18.883, *Bull.*, IV, n°26, note DELATTRE-LEVIVIER ; *Rev. Sociétés*, 1997, 528, note SAINTOURENS (B.) ; *JCP*, 1997, II 2960, note LUCAS (F.-X.) ; *JCP*, 1997, éd. E, II, 965, note DAIGRE (J.-J.) ; *Bull. Joly*, 1997, §125, p. 313, note LE CANNU (P.) ; *D.*, 1998, p. 64, note KRIMMER (I.) ; somm., p. 181, obs. HALLOUIN (J.-C.) ; *RJ. Com.*, 1998, p. 43, note PUTMAN (E.) ; *Dr. Patrimoine*, avr. 1997, p. 76, obs. BERTREL (J.-P.).

- 1998 -

- Cass. Com., 16 juin 1998, n°96-13.997, *BJS*, 1998, p. 1083, §331, note LE CANNU (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1999,

- Cass. Com., 5 mai 1998, n°96-15.383, *SA Arti Moul c/ Couvaud (cons. Rapp. Métivet)*, *BJS.*, 1998, n°7-8, §245, p. 75, note GODON (L.), *Dr. Sociétés*, 1998, n°129 ; *JCP éd. E*, 1998, p. 1019, quot. jur. 30 juin 1998, p. 4, note P.M ; *BRDA*, 10-1998, p. 3.

- Cass. Com., 24 févr. 1998, n°96-12638, *BJS*, 1998, p. 813, §266, note PETIT (B.) ; *Rev Sociétés*, 1998, p. 546, note COQUELET (M.-L.) ; *D. Affaires*, 1998, p. 850, n°117, obs. BOIZARD (M.) ; *RTD Com.* 1998, p. 612, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *JCP éd. E*, 1998, 637, spéc. n°17
98 Cass. Crim., 3 mars 1998, n°95-85.808, *Bull. Crim.*, 1998, n°82 ; *Rev. Proc. Coll.*, 2000. 69, obs. SOINNE (B.). p. 103, note MEDJAOUI (K.).

- 1999 -

- Cass. Com., 22 juin 1999, n°98-13.611, *BJS*, 1 oct. 1999, 10, p. 978, note COURET (A.) ; *Dr. Sociétés*, 1999, n°143, note BONNEAU (T.) ; *RTD Com.*, 2000, p. 105, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Rev. Sociétés*, 2000, p. 294, note GODON (L.).
99 Cass. Com., 19 oct. 1999, n°97-16.903, *BJS*, 2000, n°1, p. 69, note COURET (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2000, comm. 1, obs. BONNEAU (T.) ; *Rev. Sociétés*, 1 avr. 2000, n°2, p. 294, note GODON (L.) ; *Dr. Sociétés*, 1 janv. 2000, n°1, p. 7, note BONNEAU (T.).

- Cass. Com., 26 mai 1999, n°97-14.865, n°1076, *RJDA* 8-9/99, n°948 ; *LPA* 30 juin 1999, p. 8, obs. P. M. et 7 janv. 2000, p. 17, note COURTIER (J.-L.) ; *Act. Proc. Coll.*, 1999, n°148 ; *Bull. Joly*, 1999, p. 971, note SAINTOURENS (B.).

- Cass. Com., 9 févr. 1999, n°96-17.661, *Bull. Civ.*, IV 1999, n°44, p. 36 ; *Dr. Et Patr.*, 2000, n°78, p. 96, note BERTREL (J.-J.) ; *JCP*, 1999, II, 10168, note BLANC (G.) ; *Dr. Sociétés*, mai 1999, n°5, p. 9, note BONNEAU (T.) ; *Dr. Aff.*, 1999, p. 563, obs. M. B. ; *Bull. Joly*, 1999, p. 566, note DAIGRE (J.-J.) ; *RJ Com.*, 1999, p. 269, note DOM (J.-P.) ; *JCP éd. E*, 1999, n°16, p. 724, note GUYON (Y.) ; *D.*, 2000, somm. p. 231, note HALLOUIN (J.-C.) ; *Defrénois*, 1999, n°10, p. 625, note HOVASSE (H.) ; *Rev. Sociétés* 1999, p. 81, note LE CANNU (P.) ; *RTD Com.*, 1999, p. 902, note REINHARD (Y.).

- Cass. Civ., 3 fév. 1999, n°97-10.399, *Dr. Sociétés*, 1999. comm. 68 ; *RDI*, 1999. 265, obs. GROSLIERE (J.-C.) ; *RTD Com.*, 1999, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; *BJS*, mai 1999, § 125, note COURET (A.) ; Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; *RTD Com.*, 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Defrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.).

- 2000 -

- Cass. Com., 10 oct. 2000, n°98-10.236, *Demenois c/ SA SEDEC*, *Bull. Joly*. 2001, p. 181, note SCHOLER (P.) ; *JCP éd. E* 2001, p. 85, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2001, n°20, note BONNEAU (T.).

- Cass. Crim., 21 juin 2000, n°99-85.778, *JCP éd. E*, éd. 2000, p. 1815, et éd. G. 2001. II. 10481, note COURET (A.) ; *D.*, 2000, A.J. 352, obs. LIENHARD (A.) ; *Bull. Joly*, 2000, p. 1121, §279, note VALLANSAN (J.) ; *Dr. Et*

Patr., Janv. 2001, p. 96, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2000-15, n°199, obs. LEGROS (J.-P.) ; *Rev. Sociétés*, 2000. 753 note BOULOC (C.) ; *JCP éd. E*, 2000, p. 125, n°3, obs. CABRILLAC (M.) et PETEL (M.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2000. 209, obs. SOINNE (B.) ; *D.* 2002. Somm. 207, obs. DERRIDA (F.).

- Cass. Com., 18 janv. 2000, *Pintos c/ M. jumel*, *BJS*, 2000, p. 527, §. 115, note COURET (A.).

- **2001** -

- Cass. com., 16 oct. 2001, n° 98-20.973.

- Cass. Com., 16 oct. 2001, n°98-12.568.

- Cass. Com., 19 juill. 2001, n°98-19.603, *Bull. Civ.*, 2001, n°148.

- Cass. Com., 17 juill. 2001, *commune du Carla-Bayle c/ M. Brenac et a.*, *LPA*, 8 mars 2002, n°49, p. 15, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *Rev. Sociétés*, 2002, p. 336, note DIDIER (P.) ; *Bull. civ. IV*, n°148, p. 141.

- Cass. Com. 26 juin 2001, n°98-19.665, *Bull. Civ.*, IV, n°127 ; *D.*, 2001. AJ 2299, obs. LIENHARD (A.) ; *RTD Com.*, 2001. 778, obs. VALLENS (J.-L.) ; *JCP éd. E*, 2002. Chron. 121, p. 127, n°5, obs. PETEL (P.) ; *RJDA*, 2001, n°1242 ; *Dr. Et patr.*, 2002, n°103, p. 99, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; *RJ com.*, 2002. 85, n°1589, note LUCAS (F.-X.) ; *D.*, 2002. Somm. 1482, obs. HONORAT (A.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2002. 166, n°4, obs. GORRIAS (P.).

- Cass. Civ., 7 juin 2001, n°97-17.407, *Act. Proc. Coll.* 2001, n°212, note REGNAUT-MOUTIER (C.).

- Cass. Com., 13 mars 2001, n°98-16.197, *D.*, 2001, p. 1175, obs. LIENHARD (A.) ; *JCP éd. G*, 2001, 51, note CAUSSIN (J.-J.) ; *JCP éd. E*, 2001, p. 953, note VIANDIER (A.) ; *Rev. Sociétés*, 2001, p. 818, DONDERO (B.) ; *Dr et patr.*, 2001, n°97, p. 104, note PORACCHIA (D.) ; *BJS*, août 2001, p. 891, note PRIETO

(C.) ; *Dr. Sociétés*, 2001, comm. n°101, note LUCAS (F.-X.).

- **2002** -

- Cass. Com., 18 juin 2002, n°98-21.967, *BJS* 2002, p. 1197, §256, note GODON (L.) 102 *Cass. Com.*, 18 juin 2002, n°99-11.999, n°1211 FS P, *ADAM et autres c/ SAL'Amy*, *BJS*, 1 nov. 2002, n°11, p. 1221, n°259, note SYLVESTRE (S.) ; *JCP éd. E*, 2002, 1556, note VIANDIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2003, comm. n°72 obs. LEGROS (J.-P.) ; *D.*, 2002, p. 2190, note LIENHARD (A.) ; *Bull. Civ.*, IV, n°108 ; *D.*, 2002, somm., p. 3264, obs. HALLOUIN (J.-C.) ; *JCP éd. N*, 2002, n°10180, note HOVASSE (H.).

- Cass. Com., 8 janv. 2002, n°98-22.976, *D.*, 2002. AJ 485, obs. LIENHARD (A.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2002, n°59, obs. BOULAY ; *BJS*, 2002. 477, note LUCAS (F.-X.) ; *Dr. Sociétés*, 2002, n°112, note LEGROS ; *RTD Com.*, 2002. 371, obs. MARTIN SERF (A.) ; *JCP éd. E*, 2002, II, 1639, n°3, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.).

- **2003** -

- Cass. Com., 25 nov. 2003, n°00-22.089, *Bull. Civ.* 2003, I, n°243 ; *Cass. Com.*, 30 nov. 2004, n°03-13.756, *Bull. Civ.*, 2004, IV, n°210 et 211 ; *Contra*, *Cass. Com.*, 6 nov. 2002, n°01-12821, *Dr. Sociétés*, 2003, comm. 65.

- Cass. Com., 13 nov. 2003, n°01-14.062, *Bull. Civ.*, IV 2003, n°169, p. 186 ; *Rev. Sociétés*, 2004, p. 365, note RANDOUX (D.) ; *RTD Com.*, 2004, p. 109, note CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

- Cass. Civ., 4 juin 2003, *Bull. Civ.*, III, n°121 ; *LPA*, 18 févr. 2004, n°35, p. 5, obs. LECUYER (H.) et LUCAS (F.-X.).

- Cass. Com., 28 janv. 2003, n°00-13.084 ; *Gaz. Pal.*, 6 et 7 juillet. 2005, p. 32.

- **2004** -

- Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-12.063, FS-D, *Sté Copra c/ Sté Cavo Di l'Acqua*, *Cah. Dr. E.*, 1 sept. 2009, n°5, p. 67 ; *Rev. Fid.*, 1

déc. 2006, 2006-6, P. 180 ; *BJS*, 1 mai 2005, n°5, p. 631, note LUCAS (F.-X.) ; *RJDA*, 3/2005, n° 262.

- Cass. Com., 16 nov. 2004, n°00-22.713, *RTD Com.*, 2005, p.111, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *D.*, 2004, p. 3144.

- Cass. Com., 12 nov. 2004 : *JurisData* n°2004-025485, note COURET (A.)

- Cass. Com., 3 nov. 2004, n°01-17.491, *Dr. Sociétés*, 2005, comm. 24, obs. TREBULLE (F.-G.).

- Cass. Com., 12 oct. 2004, n°02-16.762 (n°1480 FS-P), *Y. c/ X. ès-qual. (cons. Rapp. Lardeonnaï)*, *BJS* 1 janv. 2005, n°1, p. 27. Note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP éd. G*, 26 janv. 2005, n°4, p. 144-152, note CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) ; *RJDA*, 2/05 n°136.

- Cass. Com. 7 juill. 2004 : n°03-10.769.

- Cass. Com., 23 juin 2004, n°01-10.106 et 01-14.275, *Bull. Civ.*, IV, n°134, p. 148 et n°135, p. 149, *RTD Com.*, 2004 p. 740, note CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *RTD Civ.*, 2004, p. 487, note HAUSER (J.) ; *Rev. Sociétés*, 2005, p. 131, note LUCAS (F.-X.) ; *Dr. Patrimoine*, déc. 2004, p. 96, note PORACCHIA (D.) ; *Dr. Sociétés*, 2004, n°10, comm. 163, obs. TREBULLE (F.-G.) ; *D.*, 2004, p. 2969, note VIGNEAU (D.).

- Cass. Com. 24 mars 2004, *D.*, 2004, p. 1022, obs. LIENHARD (A.) ; *D.*, 2004, p. 2143, obs. LUCAS (F.-X.) ; *JCP E*, 2004, 1383, 1292, obs. PETEL (P.) ; *Act. Proc. Coll.* 2004, comm. n°110, obs. VALLANSAN (J.).

- Cass. Com., 11 févr. 2004, n°01-00.430.

- **2005** -

- Cass. Com., 22 nov. 2005, n°03-19.860.

- Cass. Com., 12 juill. 2005, n°03-14.045, *M. Michel Maitre c/ M. Jean-Pierre Maitre*, *D.*,

2005. *AJ* 2071, p. 2071, obs. LIENHARD (A.) ; *Rev. Sociétés*, 2006, p. 162, note LUCAS (F.-X.) ; *Bull. civ.*, IV, n°174 ; *JCP éd. E*, 1066, obs. PETEL (P.) ; *Act. Proc. Coll.* 2005, n°193, obs. REGNAULT-MOUTIER ; *Gaz. Pal.*, 5 nov. 2005, p. 28, obs. VOINOT ; *BJS*, 2006, p. 22, note LAFORTUNE et note SAINTOURENS ; *Rev. Proc. Coll.*, 2006, p. 52, obs. LEBEL (C.).

- Cass. Com., 8 mars 2005, n°02-17.692, *D.*, 2005, *AJ*, p. 839, obs. LIENHARD (A.) ; *Rev. Sociétés*, 2005, p. 618, note RANDOUX (D.) ; *Bull. Joly*, 2005, p. 995, note LE CANNU (P.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 28, note ANSAULT (J.-J.).

- Cass. Com., 22 févr. 2005, n°02-14.392, *RTD Com.*, 2005, p. 344, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *D.*, 2005, p. 973, note KESSLER (G.).

- Cass. Com., 25 janv. 2005, n°02-18.269, *RJDA*, 2005, n°573 ; *Dr. Sociétés*, 1994, n°142, LE NABASQUE (H.) ; *RTD Com.*, 1996, p. 73, obs. PETIT (B.), REINHARD (Y.).

- **2006** -

- Cass. Com., 28 février 2006, n°04-17.566, *Sté Steve ingénierie c/ Le Gal*, *RD com.*, 1 juill. 2006, n°3, p. 798, note LUCAS (F.-X.) ; *Dr. Sociétés*, 2006, comm. 75, note HOVASSE (H.).

- Cass. Com., 14 févr. 2006, n°04-14.854, *Dr. Sociétés*, 2006, comm. 77 ; *RJDA*, 6/2006, n°649 ; *Bull. Joly*, 2006, p. 960, note LE CANNU (P.).

- **2007** -

- Cass. Com., 23 oct. 2007, n°06-16.537, *BJS*, 2008, p. 101, note SCHMIDT (D.), *LPA*, 22 janv. 2008, p. 13, note ALBORTCHIRE (A.), *D.*, 2008, p. 47, note PACLOT (Y.) ; *JCP éd. G*, 2007, II, n°10197, note BUREAU (D.).

- Cass. Com., 23 oct. 2007, n°96-17.661.

- Cass. Com., 9 oct. 2007, n°06-19.060, *BJS*, 2008, §3, p. 17, note BARBIERI (J.-F.) ;

Journal des sociétés, 1avr. 2012, n°97, p. 71-77, note CREDOT (F.) ; *Dr. Sociétés*, 2008, p. 14, comm. n°2, obs. LEGROS (J.-P).

- Cass. Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, *Gaz. Pal.*, 1 avr. 2011, n°96, p. 21, note HOUTCIEFF (D.) ; *Journal des sociétés*, 1 févr. 2010, n°73, p. 56, note PATRIZIO (F.) ; *LPA*, 6 févr. 2008, n°27, p. 6, note HOUTCIEFF (D.) ; *D.*, 15 nov. 2007, n°40, p. 2839, note STOFFEL-MUNCK (P.), GAUTIER (P.-Y.) ; Cass. Com., 10 mai 2011, n°10-18.749, *SAS Geneviève Lethu, Dr. Sociétés*, 2011, Comm. 147, note MORTIER (R.) ; *Bull. Joly*, 2011. 754, note LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; *Gaz. Pal.*, 8-9 juin 2011, p. 15, note DONDERO (B.) ; *D.*, 2011. 283, note BLOUD-REY (C.) ; *RTD Com.*, 2011. 575, obs. CONSTANTIN (A.) ; Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A.) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; *Gaz. Pal.*, Mars-avr. 2010. Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2011, comm. n°147, note MORTIER (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; *RTD Com.*, 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)

- Cass. Com., 20 mars 2007, n°05-19.225 (n°525 FSPB), *SA Hexagone hospitalisation Ile de France c/ Sté La Roseraie clinique Hôpital et Sté Gruppo Villa Maria SPA, (cons. Rapp. Pietton), Dr. Et Patr.*, 1 juin 2008, n°171, p. 98, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 29 mai 2008, n°22, p. 29, note MONSALLIER-SAINTE MIEUX (M.-C.) ; *JCP éd. G*, 26 mars 2008, n°13, p. 38, note MONSALLIER-SAINTE MIEUX (M.-C.) ; *D.*, 7 févr. 2008, n°6, p. 379, note HALLOUIN (J.-C.), LAMAZEROLLES (E.) ; Lexbase hebdo-édition privée générale, 24 janv. 2008, n°289, note LENHOF (J.-B.) ; *RTD Com.*, 1 oct. 2007, n°4, p. 746, note CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Rev. Sociétés*, 1 oct. 2007, n°4, p. 806, note CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.) ; *JCP éd. G*, 31 juill. 2007, n°31, p. 19, note CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), WICKER (G.) ; *RTDF*, 1

juill. 2007, n°2, p. 88, note PORACCHIA (D.) ; *JCP éd. E*, 14 juin 2007, n°24, p. 20, note VIANDIER (A.) ; *BJS*, 1 juin 2007, n°6, p. 745, note SCHMIDT (D.) ; *RLDA*, 1 juin 2007, n°17, p. 14, note CERATI-GAUTIER (A.) ; *RLDA*, 1 juin 2007, n°17, p. 10, note GIBIRILA (D.) ; *JCP éd. E*, 3 mai 2007, n°18, p. 28 ; *CJFI*, 1 mai 2007, n°45, p. 141, note TAUGOURDEAU (P.) ; *RJ com.*, 1 mai 2007, n°3, p. 216, note MONSERIE-BON (M.-H.) ; *Dr. Sociétés*, 1 mai 2007, n°5, p. 17, note LECUYER (H.) ; Lexbase hebdo-édition privée générale, 26 avr. 2007, n°257, note TECHENE (V.) ; *D.* 2007. AJ. 952, obs. LIENHARD (A.).

- Cass. Com., 20 févr. 2007, n°05-15.863, *D.*, 2007, AJ., p. 807, obs. DELPECH (X.) ; *LPA*, 2007, no 97, p. 15, note BARBIERI (J.-F.) ; *BJS*, 2007, p. 719, §195, note BRIAND (P.).

- Cass. Com., 20 févr. 2007, n°05-18.882, FP+B, *Waintraub c/ Sté Balmain* : *JurisData* n°2007-037498, *Dr. Sociétés*, 2007, comm. 74, obs. HOVASSE (H.).

- Cass. Com., 23 janv. 2007, n°05-13.189 ; *JCP éd. G*, 11 juin 2008, n°24, p. 26, note SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.).

2008

- Cass. Com., 4 nov. 2008, n°07-16.099, F-D, *SA SEEB Finance c/ Société civad*, *JurisData* n°2008-045756, *Dr. Sociétés* n°1, janv. 2009, comm. 8, note HOVASSE (H.).

- Cass. Com. 19 févr. 2008, n°06-18.446, *Act. Porc. Coll.*, 6/2008, n°98, obs. PAGNUCCO (J.-C.) ; *Gaz. Pal.*, 27-29 avr. 2008, p. 22, obs. VOINOT (D.) ; *Dr. Sociétés*, 2008, n°126, note LEGROS (J.-P.) ; *RTD Com.*, 2008, 852, obs. SAINT-ALARY-HOUIN (C.) ; *JCP éd. E*, 2008, 2062, §14, obs. PETEL (P.).

- Cass. Com., 19 févr. 2008, n°06-20.444, *BJS*, juin 2008, p. 504, n°110.

2009

- Cass. Civ., 16 déc. 2009, n°09-10.209, Bull. Civ. 2009, III, n°287 ; *Journal des Sociétés*, 1 avr. 2011, n°82, p. 28, note MAURY (F.).

- Cass. Com., 8 déc. 2009, n°08-16.418, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 37, obs. LIENHARD (A) ; *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22-27, note LAROCHE (M.) ; *Gaz. Pal.*, Mars-avr. 2010. Jur., p. 1081, note DONDERO (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2011, comm. n°147, note MORTIER (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 42, obs. COQUELET (M.-L.) ; *RTD Com.*, 2010, p. 359, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

- Cass. Com., 12 mai 2009, n°08-13.741, n°08-13741 ; LEDEN sept. 2009, p. 2 ; *Gaz. Pal.* 28 juill. 2009, p. 12, obs. Lebel (C.) ; *Rev. Proc. Coll.* 2009, comm. n°104, obs. Saintourens (B.).

- Cass. Civ., 18 nov. 2009, n°08-18.740, PB, *Dr. Sociétés*, févr. 2010, n°23, obs. MORTIER (R.) ; *BJS*, 1 mars 2010, n°3, p. 241, note GARÇON (J.-P.).

- Cass. Com., 5 mai 2009, n°08-14.043, *Dr. Sociétés* 2009, n°181, obs. MORTIER (R.).

- Cass. Com. 28 avr. 2009, n°08-14.756, *RTD com.* 2009, p. 807, obs. Martin-Serf (A.).

- Cass. Com., 24 mars 2009, *Smoby*, n°08-12.212.

- **2010** -

- Cass. Com., 14 sept. 2010, n°10-40.022, QPC, NP, Act. Proc. Coll. 2010, comm. 226, note CAGNOLI (P.) ; *JCP éd. E*, 2011, Chron. 1030, n°03, obs. PETEL (P.).

- Cass. Com., 15 juin 2010, n°09-10.961, *Sté Maaldrijft BV c/ M. X, LPA*, 31 janv. 2011, n°21, note MARTRON (H.).

- Cass. Com, 31 mars 2010, n°08-45.167, *Rev. Sociétés*, 2011, 26, note GODON (L.) ; *Dr. Sociétés*, 2012, comm. n°24, note ROUSSILLE (M.).

- Cass. Com., 9 mars 2010, n°09-13.453.

- Cass. Com. 9 Février 2010, n°09-10.800, *SARL Meubles Martel, BJS*, 1 juin 2010, n°6, p. 559, note PARACHKEVOVA (I.).

- **2011** -

- Cass. Com., 15 nov. 2011, F-P+B, n°10-15.049, *Sté DL finances c/ Albiac*, *Journal des sociétés*, oct. 2013, 112, p. 39, note NAVARRO (J.-L.) ; *Dr. Sociétés*, juin 2013, 6, p. 26, note ROUSSILLE (M.) ; *BJS*, févr. 2012, p. 112, note LE NABASQUE (H.).

- Cass. Com., 18 oct. 2011, n°10-19.647 (n°FS-P+B), *BJS*, déc. 2011, p. 994, n°547, note LUCAS (F.-X.) ; Act. Proc. Coll., 2011, alerte n°277, obs. VALLANSAN (J.) ; *JCP éd. E*, 2012, 1018, note C ; *JCP éd. N*, 30 mars 2012, 13, p. 43, note GARÇON (J.-P.).

- Cass. Com., 11 oct. 2011, n°10-20.423, *Gaz. Pal.*, 21 janv. 2012, p. 11, n°21, note MONTERAN (T.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2012, comm. n°98, note MARTIN-SERF (A.).

- Cass. Com., 17 mai 2011, n°10-30.425, *BJE*, 1 septembre 2011 n°4, p. 273.

- Cass. Com., 10 mai 2011, n°10-18.749, *SAS Geneviève Lethu, Dr. Sociétés*, 2011, Comm. 147, note MORTIER (R.) ; *Bull. Joby*, 2011. 754, note LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; *Gaz. Pal.*, 8-9 juin 2011, p. 15, note DONDERO (B.) ; *D.*, 2011. 283, note BLOUD-REY (C.) ; *RTD Com.*, 2011. 575, obs. CONSTANTIN (A.).

- Cass. Com., 8 mars 2011, n°10-13.988, *JCP éd. E.*, 2011, 1215, note COURET (A.) et DONDERO (B.) ; *JCP. Ed. E*, 2011, 1263, n°1, obs. PETEL (P.) ; *Rev. Sociétés*, 2011, p. 404, note GRELON (B.) ; *D.*, 2011, p. 743, obs. LIENHARD (A.) et p. 919, note LE CORRE (P.-M.) ; *Journal des sociétés*, juin 2011, n°88, p. 73, note GIBIRILA (D.).

- Cass. Com., 8 févr. 2011, n°10-11.788.

- **2012** -

- Cass. Com., 2 oct. 2012, n°11-18.460, n°F-D, *BJE*, 1 janv. 2013, n°1, p. 39, note FAVARIO (T.).

- Cass. Com., 25 sept. 2012, n°11-18.312, *BJE*, 1 nov. 2012, n°6, p. 362, note CERATI-GAUTHIER (A.); *BJS*, 1 janv. 2013, n°1, p. 48, note PARACHKEVOVA (I.)

- Cass. Com., 11 sept. 2012, n°11-20.034, *Gaz. Pal.*, 3 mai-juin, p. 1929, note DONDERO (B.).

- Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-22.898, *Rev. Proc. Coll.*, 2013, n°1, p. 42, note FRAIMOUT (J.-J.); *BJS*, 1 nov. 2012, n°11, p. 810, note LUCAS (F.-X.); *Gaz. Pal.*, 13 oct. 2012, n°287, p. 21; *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2012, n°250, p. 26, note BERLAUD (C.); *BJE*, sept. 2012 n°5, p. 278, note ROUSSEL-GALLE (P.); *BJS*, 1 novembre 2012 n°11, p. 810, note LUCAS (F.-X.); *LEDED*, 10 sept. 2012, n°8, note BORGA (N.); *JCP éd. E*, 2012, 1571, note MOULIN (J.-M.); *JCP éd. E* 2012, 1757, note PETEL (P.), n° 6; *Rev. Sociétés*, 2012, p. 536, note HENRY (L.-C.); *Dr. Sociétés*, 2012, comm. 215, note LEGROS (J.-P.); *Rev. Sociétés*, 2013, p. 99, note LE NABASQUE (H.); *Rev. Sociétés*, 2012, p. 165, note GAUDEMET (A.).

- Cass. Com., 10 juill. 2012, n°11-14.267, GLS c/ SA Parsys, F-PB, EDCO, 1 oct. 2012, n°9, p. 2, note CAFFIN-MOI (M.); *Bull. Civ.*, IV, n°156; *Bull. Joly*, 2012, 693, note DONDERO (B.).

- Cass. Com., 3 juill. 2012, n°11-18.026, *BJS*, sept. 2012, p. 631, note PELLETIER (N.); *BJE*, Sept 2012, p. 279, note NEAU-LEDUC (C.); *Rev. Proc. Coll.*, 2013, p. 29, note SAINTOURENS (B.); *JCP éd. E*, 2012, 1757, note PETEL (P.); *Journal des sociétés*, 1 juill. 2013, n°110, p. 47, RUELLAN (F.-X.).

- Cass. Com., 15 mai 2012, n°11-10.278, *Dr. Sociétés*, 2012, comm. 137, note MORTIER ;

D., 2012, 2285, note DONDERO (B.); *Bull. Joly*, 2012, 536, note BARBIERI (J.-F.).

- Cass. Com., 3 mai 2012, n°11-14.844, *Journal des sociétés*, 1 sept. 2013, n°111, p. 46, note RODRIGUEZ (K.); *Journal des sociétés*, 1 déc. 2012, n°104, p. 22, note LAROCHE (M.); *JCP éd. N*, 17 sept. 2012, n°38, p. 1680, note ZATTARA-GROS (A.-F.); *Gaz. Pal.*, 10 août 2012, n°223, note DONZEL-TABOUCOU (C.); *JCP éd. E*, 5 juill. 2012, n°27, p. 24, note COURET (A.); *RTD Com.*, 1 juill. 2012, n°3, p. 575, note MONSERIE-BON (M.-H.).

- Cass. Com., 7 févr. 2012, n°11-11.347, *LEDEN*, avr. 2012, obs. DELATTRE (C.), n°55; *rev. Proc. Coll.*, juill. 2012, étude 27, note ZINTY (S.).

- Cass. Com., 10 janv. 2012, n°11-10018, Sté France Q Group c/Sté FPI, *BJE*, juill. 2012, n°JBE-2012-0113, p. 209, note Sortais (J.-P.); *BJS*, avr. 2012, n°JBS-2012-0177, p. 295, note Lucas (F.-X.).

- **2013** -

- Cass. Com. 19 nov. 2013, n°12-25.925, M. R, ès qual. Liq. SARL BBS c/ M. S et a., F-PB (rejet pourvoi c/ CA Nîmes, ch. Civ, ch. 2 B, 31 mai 2012), M. Espel, prés : SCP Nicolaÿ de Lanouvelle et Hannotin, *Gaz. Pal.*, 14 janv. 2014, n°014, note ROUSSEL GALLE (P.); *RJDA*, 3/14 n°255.

- Cass. Com., 17 sept. 2013, n°12-17.741, *SA Dumoulin NV*, F-PB, *BJS*, 1 nov. 2013, n°110, note COUTURIER (G.); *Rev. Sociétés*, 2013, p. 731, obs. HENRY (C.).

- Cass. Com., 10 sept. 2013, n°12-23.888, *Bull. Joly*, 2013, 724, note BARBIERI (F.); *Rev. Sociétés*, 2013, p. 625, note SAINTOURENS (B.); *JCP éd. E*, 2013, 1580, note COURET (A.) et DONDERO (B.); *LPA*, 22 nov. 2013, 234, p. 9, note ATANI (A.-M.); *RTD Com.*, oct. 2013, 4, p. 759, note CONSTANTIN (A.).

- Cass. Com., 29 juill. 2013, n°12-18.902, *Gaz. Pal.*, 1 oct. 2013, n°274, note LEBEL (C.).

- Cass. Com., 9 juill. 2013, n°12-21.238, *Bull. Civ.*, IV, n°733 ; *Banque et droit sept.* Oct. 2013, p. 57, note STORCK (M.).

- Cass. Com., 2 juill. 2013, n°12-18.902, *Bull. Civ.*, 2013, IV, n°113 ; *Act. Proc. Coll.* 2013, n°206, obs. VALLANSAN (J.) ; *Gaz. Pal.*, 29 sept. -1^{er} oct. 2013, p. 25, obs. LEBEL (C.) ; *BJS*, 2013. 752, note PAILLER ; *BJE*, 2013, n°6, 356, note MONSERIE-BON (M.-H.) ; *Dr. Sociétés*, 2014, comm. N°13, note LEGROS (J.-P.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2014, n°6, obs. CAGNOLI (P.).

- Cass. Com., 25 juin 2013, F-P+B, n°12-17. 583, *D.*, 10 juill. 2013, note DELPECH (X.).

- Cass. Com., 22 mai 2013, F-P+ B, n°12-15.305, note ROUSSEL-GALLE (P.).

- Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-14.283, n° 445, F-P+B, *Sté Doneco Ferrettite Celtite et a. c/ Sté d'Explosifs et de produits chimiques* : JurisData n° 2013-007891, *BJE*, 1juill. 2013, n°4, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP N.*, 20 sept. 2013, n°38, p. 39, note PERRUCHOT-TRIBOULET (V.) ; *RLDA*, 2013/84, n°4653, note MARPEAU (B.) et DIETRICH (F.).

- Cass. Com., 23 avr. 2013, n°12-18.453, *BJE*, n°4, 1 juill. 2013, note BORGA (N.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1 sept. 2013, n°5, p. 25, note SAINTOURENS (B.) ; *Lexbase Hebdo*, éd. Aff., 5 juin 2013, 341, note LEBEL (C.) ; *BJS*, 1 juin 2013, 6, p. 414, note MOUIAL-BASSILANA (E.).

- Cass. Com., 19 mars 2013, n°12-14.407, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 358, note PREVOST (S.) 113 Cass. Com., 14 mai 2013, n°11-22.845, *D.*, 2013, p. 2319, note DONDERO (B.).

- Cass. Com., 19 févr. 2013, n°12-23.146, *D.*, 2013. 1600, note BUCHBERGER (M.) ; *Rev. Sociétés*, 2013. 629, note PARLEANI (G.).

- Cass. Com., 15 janv. 2013, n°11-12.495, *Bull. Joly.*, 2013, n°3 p. 141, note CERATI-GAUTHIER (A.).

- **2014** -

- Cass. com., 23 sept 2014, n° 12-29.262 et n° 13-15.437, n° 832, F-P+B, *Sté L7 c/ M. Raynaud, ès qualités et a.* : JurisData 2014-021772 ; *BJS*, 1 déc. 2014, n°12, p. 712-714, note MOUIAL-BASSILANA (E.) ; *Bull. Civ.*, IV, n°135, note PAGNUCCO (J.-C.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2014/18, comm. 319 ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 124, note. SAINTOURENS (B.).

- Cass. Com., 8 juill. 2014, n°13-18.490.

- Cass. Com., 29 avr. 2014, n°13-11.798.

- Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-10.865, F-P+B, arrêt n° 291, *SCI Saint-Spire Urbain c/ Evazin* : JurisData n° 2014-005240 ; LEDEN, n° 5, mai 2014, comm. 70, obs. PARACHKEVOVA (I.) ; *BJS*, 1 juin 2014, p. 410, note BARBIERI (J.-F.).

- Cass. Com., 18 févr. 2014, n°12-29.752, *ITM c/ Sté Macris et M.X.* : *Bull. civ.*, IV, n°40 ; *BJS*, juin 2014, p. 382, n°111z5, note FAGES (B.) ; *JCP éd. E*, 2014, 1160, DONDERO (B.) ; *D.*, 2014, p. 764, note FAVARIO (T.) ; *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2014, n°107, note BLANC (N.) ; *D.*, 28 févr. 2014, obs. DELPECH (X.).

- Cass. Com. 4 févr. 2014, n°12-29.348, *Bull. Civ.* 2014, IV, n°31 ; *BJS*, 2014. 302, note SCHMIDT (D.) ; *Rev. Sociétés*, 2014. 426, note SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.*, 6-8 juill. 2014, p. 14, n°186, obs. DONDERO (B.) ; *D.*, 2014. 2441, obs. LAMAZEROLLES (L.) ; *BJS*, mai 2014, p. 302, n°111, note SCHMIDT (D.).

- **2015** -

- Cass. Civ., 15 oct. 2015, n°14-13.362, *JCP éd. N*, 15 juill. 2016, n°28, p. 40, note de RAVEL D'ESCLAPON (T.).

- Cass. Com., 13 oct. 2015, n°14-15.755, (F.-D.), *BJS*, mars 2016, n°114q7, p. 157, note HEINRICH (J.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 2016, comm. 93. Note MARTIN-SERF (A.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015-8, n°289, obs. CAGNOLI (P.) ; *RLDA*, 2015/104, n°5558, note VOINOT (D.).

- Cass. Com., 7 juill. 2015, n°14-29.360, *LEDEN*, sept. 2015, p. 5, n°119, obs. FAVARIO (T.) ; *Rev. Sociétés*, 2015 p. 543, note HENRY (L.-C.).

- Cass. Com., 2 juin 2015, n°13-24.714.

- Cass. Com., 12 mai 2015, n°13-27.716, *Dr. Sociétés*, 2015, comm., n°163, obs. MORTIER (R.).

- Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505, *FS-P+B, Ribette c/ Ollard, Sté Louis et Laurent Hirou*, *JurisData* n°2015-005248 ; *BJS*, 2015, p. 244, n°113m1, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Dr. Sociétés*, 1 oct. 2015, n°10, p. 12, note MORTIER (R.) ; *BJE*, juill. 2015, n°4, p. 248-249, note FAVARIO (T.) ; *LPA*, 11 juin 2015, n°116, p. 16, note GARAUD (E.) ; *JCP éd. E*, 4 juin 2015, 1261, note DONDERO (B.) ; *Journal des sociétés*, 1 mai 2015, n°130, p. 54, note BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), DE MATOS (A.-M.), PERRUCHOT TRIBOULET (V.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.) ; *Rev. Sociétés* 2015, p. 468, note PORACCHIA (D.) ; *BJE*, n° avr. 2015, p. 4, obs. DIZEL (M.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015/7, comm. 107, note VALLANSAN (J.) ; *LEDEN*, n°4, avril 2015, note RUBELLIN (P.) ; *Dr. Sociétés*, n°6, juin 2015, comm. 17, note LEGROS (J.-P.) ; *LPA*, 11 juin 2015, p. 16, n°116, note GARAUD (E.) ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 468, note PORACCHIA (D.) ; *BJE*, juillet-août. 2015, p. 249, n°112h9, note FAVARIO (T.) ; *Act. Proc. Coll.*, 2015/7, comm. 107, note

VALLANSAN (J.) ; *Gaz. Pal.*, éd. Spécialisée, vendredi 8 mai au mardi 12 mai 2015, n°128 à 132, comm. ZATTARA-GROS (A.-F.) ; *Journal des Sociétés*, 1 mai 2015, n°130, p. 54-56, note BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), MATOS (A.-M.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.).

- Cass. Com., 3 mars 2015, n°13-25.237, *Rev. Sociétés*, 2015, p. 585, note SAINTOURENS (B.).

- Cass. Com., 3 mars 2015, n°14-12.036.

- Cass. Com., 3 févr. 2015, n°13-28.272.

- **2016** -

- Cass. Civ., 30 nov. 2016, n°15-23.105 et n°15-23.212, *RJDA*, 1 avr. 2017, n°4, p. 290-291 ; *RD rur.*, 20 mars 2017, n°451, p. 40-41, note HIRSCH (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1 févr. 2017, n°2, p. 38-39, note MORTIER (R.) ; *Lexbase hebdo-édition affaires*, 22 déc. 2016, n°492, note LEBEL (C.).

- Cass. Civ., 15 nov. 2016, n°15-15.712.

- Cass. Com., 27 sept. 2016, n°15-13.348, *BJS*, 31 déc. 2016, n°12, p. 699, note LUCAS (F.-X.) ; *JCP éd. E*, 2016, 1621, note LUCAS (F.-X.) ; *LPA*, 25 janv. 2017, n°18, p. 15, note JULLIAN (N.) ; *JCP éd. N*, 24 févr. 2017, n°8, p. 47, note STORCK (J.-P.) ; *BJS*, déc. 2016, n°115u8, p. 699, note BARILLON (C.).

- Cass. Com., 12 juillet. 2016, n°14-23.310, *ECLI*, *BJE*, 1 mars 2017, n°03, p. 195 ID, *BJS*, 116d2, note de MOUIAL-BASSILANA (E.) ; *BJE*, 1 nov. 2016, n°6, p. 438, note FAVARIO (T.).

- Cass. Com., 7 juin 2016, n°14-24.913, *Gaz. Pal.*, n°38, p. 76, note MOULIN (J.-M.) ; *BJS*, 31 déc. 2016, n°12, p. 721.

- Cass. Com., 18 mai 2016, n° 14-24.910, n° 465, *FS-P+B, Banque Nuger c/ M. Pétavy ès qual.* : *JurisData* n° 2016-009444 ; *Act.*

proc. coll., 2016-11, comm. 142, obs. MONSERIE-BON (M.-H.).

- Cass. Civ., 18 mars 2016, n°15-14.072., RDLF, 26 juin 2016, 2016-16, note DUPRE DE BOULOIS (X.) ; *BJS*, juin 2016, n°6, p. 314, note PORACCHIA (D.) ; RTD Civ, avr. 2016, n°2, p. 321, note HAUSER (J.).

- Cass. Com., 26 janv. 2016, n°14-14.742, *Sté Compagnie hôtelière d'exploitation du Cannes palace (CHECP et a. c/ Sté Foncière Clannathbone et a., FS-PB (rejet pourvoi c/ CA Aix-en-Provence, 19 sept. 2013 et 6 mars 2014), Mme Mouillard, prés. - SCP Bénabent et Jébanin, SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SCP Gadiou et Chevallier, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Odent et Poulet, SCP Thouin-Palat et Boucard, av.* Defrénois 16 févr. 2016, n°132m6, p. 7 ; LEDEN mars 2016, n°03, p. 2, note PARACHKEVOVA (I.) ; *Gaz. Pal.*, 16 févr. 2016, n°7, p. 35, note BERLAUD (C.) ; *BJE*, mai 2016, 1 mai 2016, n°03, p. 164, note FAVARIO (T.) ; *BJS*, déc. 2015, p. 658, n°114j1, note MELIN (F.) ; Act. Proc. Coll., 2015, comm. N°278, obs. MONSERIE-BON (M.-H.) ; *JCP éd. E*, 2015, 1562, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *JCP éd. G.*, 2015, 1390, note BRIGNON (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2015, comm., n°218, note LEGROS (J.-P.) ; *Gaz. Pal.*, 12 avril 2016, n°14, p. 65, note LEBEL (C.) ; *D.*, 2016. Actu 309.

- 2017 -

- Cass. Com., 15 nov. 2017, n°16-19.690, *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2018, n°321n3, p. 58, note REILLE (F.).

- Cass. Crim., 11 juill. 2017, n°16-86.092.

- Cass. Com. 20 avr. 2017, n°15.25664, *Sté Elimmo et a. c/Me Monillard, prés. SCP Gatineau et Fattaccini*, *Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, n°24, p. 63, note Rousseil Galle (P.).

- Cass. Com., 15 mars 2017, n°14-26.970, *JCP N*, 9 oct. 2017, 37, p. 43, note NAVARRO (J.-L.).

- Cass. Com., 11 janv. 2017, n°14-27.052, *Sté Clinique de la Ciotat*, F-D, *BJS*, 1 juin 2017, n°06, p. 379.

- Cass. Com., 11 janv. 2017, n°15-14.064, *JCP éd. N.*, 14 juill. 2017, n°28, p. 36, note STORCK (P.) ; *Gaz. Pal.*, 1 mars 2017, n°12, p. 75, note MOULIN (J.-M.) ; *Defrénois*, 6 févr. 2017, n°5, p. 8 ; *RLDA*, 1 févr. 2017, n°123, p. 6.

- 2018 -

- Cass. Civ., 5 juill. 2018, n°17-19.975, *JCP éd. N*, 15 mars 2019, 11, p. 40, note STORCK (J.-P.).

- Cass. Com., 24 mai 2018, n°17-10.119, *LEDEN*, juill. 2018, n°111u2, p. 6, n°7, note FAVARIO (T.) ; *Gaz. Pal.*, 25 sept. 2018, n°331w6, p. 69, n°32, note CASIMIR (E.) ; *Dr. Sociétés* n°2, févr. 2019, comm. 20, com. MORTIER (R.).

- Cass. Com., 3 mai 2018, n°15-20.348, *PBI, Rev. Proc. Coll.*, 1 mai 2019, n°3, p. 50, note DUMONT (M.-P.) ; *Rev. Sociétés*, 1 avr. 2019, n°4, p. 271, note DECKERT (K.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1 mars 2019, n°2, p. 28, note CERATI-GAUTHIER (A.) ; *Dr. Sociétés*, 1 janv. 2019, n°1, p. 32, note LEGROS (J.-P.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1 nov. 2018, n°6, p. 33, note VALLANSAN (J.) ; *RD Rur*, 1 nov. 2018, n°467, p. 34, note LEBEL (C.) ; *Dr. Sociétés*, 1 nov. 2018, n°11, p. 25, note HOVASSE (H.) ; *Gaz. Pal.*, 9 oct. 2018, n°34, p. 73, note BERTHELOT (G.) ; *Gaz. Pal.*, 25 sept. 2018, n°32, p. 71, note BARILLON (C.) ; *JCP éd. E*, 2 août 2018, n°31, p. 23, note TEHRANI (A.) ; *JCP éd. E*, 2 août 2018, n°31, p. 22, note PETEL (P.) ; RTD Com., 1 juill. 2018, n°2, p. 705, note LECOURT (A.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1 juill. 2018, n°4, p. 4, note PETIT (F.) ; *BJS*, juill. 2018, n°07-08, p. 433, note LAROCHE (M.) ; *RJDA*, 1 juill. 2018, n°7, p. 671 ; *JCP éd. E*, 28 juin, n°26, p. 22, note LEBEL (C.) ; *Rev. Sociétés*, 1 juin 2018, n°6, p. 414, note *Roussel Galle* (P.) ; *Lexbase hebdo-édition affaires*, 31 mai 2018, n°554, note SAINTOURENS (B.).

- Cass. Civ., 3 mai 2018, n°16-16.558, *JCP éd. E.*, 28 mars 2019, n°13, p. 19-20, note Pagnucco (J.-C.) ; *JCP éd. E.*, 11 oct. 2018, n°41, p. 61, note HOVASSE (H.) ; *JCP éd. N.*, 5 oct. 2018, n°40, p. 34, note STORCK (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1 août 2018, n°8, p. 24, note HOVASSE (H.) ; *BJS*, 1 juill. 2018, n°7, p. 428, note BARBIERI (J.-F.).

- Cass. Com. 7 mars 2018, n°16-10.727.

- **2019** -
- Cass. Com., 15 mai 2019, n°18-10.403, *LEDEN*, sept. 2019, n°112t2, p. 3, n°8, note FAVARIO (T.).

- Cass. Com., 7 mai 2019, n°17-18.785.

- Cass. Com. 6 mars 2019, n°17-17.686.

- Cass. Civ., 17 janv. 2019, n°17-26.695, *M.X et Sté SCI 27/33 c/ Mme X, PB, Gaz. Pal.*, 25 juin 2019, n°23, p. 52, note ZATTARA-GROS (A.-F.).

F. Cours d'appel

- **1869** -
- CA Paris, 9 août 1869, DP, 1870, 10.

- **1893** -
- CA Paris, 18 nov. 1893, *D.*, 1894, 1, p. 10.

- **1912** -
- CA Rennes, 12 juill. 1912, *Journal des Sociétés*, 1913, p. 23, note BOSVIEUX

- **1927** -
- CA Caen, 11 avr. 1927, *D.*, 1928, II, p. 65, note LEPARGNEUR.

- **1954** -
- CA Grenoble, 9 avr. 1954, *JCP*, 1954, II, 8139, note PAGEAUD (P.-A.).

- **1956** -
- CA Paris, 17 nov. 1965, *JCP*, 1966, II, 14553, obs. J.R. ; *RTD Com.*, 1966, p. 611, obs. RODIERE (R.).

- **1965** -
- CA Paris, 22 mai 1965 (arrêt Fruehauf), *JCP éd. G*, 965, II, 14274 bis, concl. NEPVEU ; *RTD Com.*, 1965, p. 619, obs. RODIERE (R.) ; *Rev. Sociétés*, 1965, p. 288 ;

D., 1968, p. 147, note CONTIN (R.) ; *D.*, 1968, p. 147, note CONTIN (R.) ; *Bull. Joly*, 1965, §115, p. 246.

- **1966** -
- CA Paris, 26 mars 1966, *RTD Com.*, 1966, p. 349, note HOUIN (R.).

- **1969** -
- CA Montpellier, 29 janvier 1969 : *RTD Com.*, 1970, p. 789, obs. HOUIN (R.).

- **1972** -
- CA Paris, 10 mai 1972, *BJS*, 1972, § 237, p. 502.

- **1974** -
- CA Paris, 3^e ch., 10 juill. 1974, *D.*, 1975, somm., 83.

- CA Rouen 8 févr. 1974, *Rev. Sociétés*, 1974, p. 507, spéc. p. 513, note RODIERE (R.) ; *RTD Com.* 1974, p. 291, note HOUIN (R.) ; *Rev. Banque* 1974, p. 674, note MARTIN (L.).

- **1976** -
- CA Paris 21 oct. 1976, *Edi-Data*, 76-30603, *aff. Pavec c/ Tersou*.

- **1977** -
- CA. Poitiers, 3 févr. 1977, *D.*, 1978, p. 34, note COUV RAT (P.).

- **1978** -
- CA Aix-en-Provence, 24 janv. 1978, *Rev. Sociétés*, 1979, p. 886, note HONORAT (A.).

- **1979** -
- CA Paris, 14 mars 1979, inédit, *in* GIBIRILA (D.), *Comptes courants d'associés*, Fasc. 1099, 30 avril 2019, *Juris. Cl.*, n°7.

- CA Paris, 2 avril 1979, *BJS*, 1979, p. 288, § 143.

- **1980** -
- CA Aix-en-Provence, 14 nov. 1980, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 75, note SORTAIS (J.-P.).

- **1981** -
- CA Aix en Provence, 6 oct. 1981, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 308, n°23, note SORTAIS (J.-P.).

- **1983** -
- CA Paris 15 déc. 1983, *Bull. Joly*, 1984, §102, p. 292.

- CA Rouen 22 oct. 1983, *D.*, 1985, p. 161, note DAIGRE (J.-J.) ; *Rev. Sociétés*, 1984, p. 764, note LEGRAND (N.).

- **1984** -

- CA Lyon, 20 déc. 1984, *D.*, 1986, jur., p. 506, note REINHARD (Y.).

- CA Aix en Provence, 26 juin 1984, *D.*, 1985, p. 373, note MESTRE (J.) ; *Chronique*, RTD Com., 1976, p. 375, note CHAMPAUD (C.).

- CA Paris, 25 avril 1984, *Bull. Joly*, 1984, p. 1004.

- **1985** -

- CA Paris, 18 déc. 1985, RJ. Com., 1988, p.89, obs. VIDAL (D.) ; *Rev. Sociétés*, 1986, 112, obs. GUYON (Y.) ; *Rapp., com.*, 19 oct. 1999, *Rev. Sociétés*, 2000, 294, note GODON (L.) ; *Bull. Joly*, 2000, §14, p. 70, COURET (A.) ; *Dr. Sociétés*, 2000, n°1, obs. BONNEAU (T.).

- CA Paris, 13 juin 1985, RJ com., 1986. 185, note VIDAL.

- **1986** -

- CA Paris, 7 oct. 1986, *JCP éd. E*, 1987, II, 16122, n°15, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.).

- **1987** -

- CA Paris, 3^e ch. A, 2 déc. 1987, *Rev. Proc. Coll.*, 1991, p. 292, n°9, obs. SOINNE (B.) ; *D.*, 1990. 218, note DERRIDA (F.) ; *JCP*, 1990. II. 21513, note BOLLARD (G.).

- CA Versailles, 25 nov. 1987, *JCP éd. E*, 1988, II, 15168, n°2, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *Bull. Joly*, 1988, §16, p. 82.

- CA Paris, 16 janv. 1987, *BJS*, 1989, p. 443, §. 161 ; *Cass. Com.*, 19 oct. 1999, BRDA, 24/1999, n°5.

- **1988** -

- CA Grenoble, 16 juin 1988, RJ. Com., 1988. 228.

- CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. Sociétés*, 1989, p. 246, note DANA-DEMARET (S.).

- CA Douai, 21 avr. 1988 : *Rev. Proc. Coll.* 1988, 313, obs. SOINNE (B.).

- CA Paris 14 avr. 1988, *D.*, 1988, inf. rap., p. 143 ; *Bull. Joly*, 1988, 484 ; *Rev. Proc. Coll.*, 1989, 141, obs. LE CANNU (P.).

- CA Grenoble, 12 janv. 1988, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, 374, n°2, obs. DUREUIL (B.)

- **1989** -

- CA Rennes, 21 nov. 1989, *Rev. Proc. Coll.*, 1991, 292, obs. SOINNE (B.).

- CA Orléans, 26 sept. 1989, *Rev. Sociétés*, 1990, p. 644.

- CA Paris 7 juin, *Rev. Sociétés*, 1989, p. 246.

- CA Versailles 2 mai 1989, *Bull. Joly*, 1989, 222, p. 215, obs. SEXER (Y.).

- CA Reims, 24 avr. 1989, *Gaz. Pal.*, 24-26 sept. 1989, somm., p. 431, note FONTBRESSIN ; *LPA*, 31 mai 1991, no 65, p. 26, note MAJEROWICZ (S.) ; *JCP éd. E*, 1990, II, no 15677, note VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *Rev. Sociétés*, 1990, p. 77, note GUYON (Y.).

- CA Versailles, 19 janv. 1989, *BJS*, 1989, p. 327, §109, note LE CANNU (P.).

- **1990** -

- CA Paris, 18 déc. 1990, éd. E, II, 15838, *Dr. Sociétés* 1990, n°82.

- CA Versailles, 29 nov. 1990 *Bourgeois, Abdelnour et autres c/SA Usinor et autres*, *Rev. Sociétés*, 1994, p. 485 ; *D.*, 1991, p. 133, note GUYON (Y.), *JCP éd. E*, 1991, II, 168, JEANTIN (M.) ; *Bull. Joly*, 1991, §88, p. 286.

- CA Paris, 1^{er} ch. A, 28 nov. 1990, *BJS*, févr. 1991, p. 182, n°57, note JEANTIN (M.).

- CA Paris, 27 nov. 1990, *BJS*, 1991, p. 189, §58 ; *Rev. Sociétés*, 1991, p. 389, obs. GUYON (Y.).

- CA Caen, 14 nov. 1990, Bull. Info., C. Cass. 1991, n°564.

- CA Colmar, 12 sept. 1990, RJ com. 1990, p. 400, note VALLENS (J.-L.).
90 CA Paris, 25 sept. 1990, D. 1990, IR p. 229.

- CA Versailles, 17 mai 1990, BJS, 1990, p. 874, § 268, note BUTTET (E.) ; BJS, 1994, p. 91, note COURET (A.) ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 110, obs. GUYON (Y.) ; RTD Com., 2002, p. 372, n°7, obs. MARTIN-SERF et VALLENS (J.-L.).

- CA Rouen, 16 janv. 1990, BJS, oct. 1991, p. 916, § 326, note. LE CANNU (P.).

- **1991** -

- CA Versailles, 3^e ch., 3 déc. 1991, *Époux Gillet c/ Sté Chavenay*, JurisData n°600177 ; *Bull. Joly*, 1992, 415, note COURET (A.), *Rev. Proc. Coll.*, 1994, n°2, p. 176, obs. SOINNE (B.).

- CA Versailles, 17 oct. 1991, BJS, 1992, p. 283, §283, note COURET (A.).

- CA Paris, 3^e ch., 19 sept. 1991, *Hua et autre c/ Me Pernot*, JurisData n°1991-600578 ; BJS, 1991, (B. 390), p. 1124, note HANNOUN (C.).

- CA Paris, 18 juin 1991, *Bull. Joly*, 1992, §82, p. 277, note COURET (A.).

- CA Rouen, 2^e ch., 23 mai 1991, *Dulière ès qual. c/ sauvageot et autres.*, *Dr. Sociétés*, 1991, n°432.

- CA Metz, 4 avr. 1991, *Rev. Proc. Coll.*, 1992, p. 310. Obs. AUQUE WAREMBOURG (F.) et LEMISTRE (B.) ; *Dr. Sociétés*, 1992, n°80, obs. CHAPUT.

- CA Paris, 10 janv. 1991, BJS, 1991, p. 301, note TRASSARD (P.) ; D., 1991, IR, p. 84.

- **1992** -

- CA Nancy, 2^{ème} ch. 9 juin 1992, *Eurogest c/sté Les constructions soudés de l'Est*, RJDA 1993, n°164.

- CA Paris, 2 juin 1992, *Marques c/ Sté Marques Pressing* : JurisData n° 1992-600419 ; BJS, 1992, p. 942, note COURET (A.).

- CA Versailles, 20 févr. 1992, *Bull. Joly*, 1992, 658, note LE CANNU (P.).

- CA Poitiers, 25 mars 1992, *Dr. Sociétés*, 1993, Chr. 4, BERMOND DE VAULX (J.-M.).

- CA Paris, 4^e ch. B, 16 janv. 1992, *Donieb et autre c/ Baugartner et autres*, BJS, 1992, p. 436, § 138 ; RJDA 1992, n°869 ; *Rev. Proc. coll.*, 1993, p. 420, obs. DUREUIL (B.).

- **1993** -

- CA Bordeaux, 25 novembre 1993, *Sté Satai c/ Bouffard*, BJS, 1994, p. 1345, §382, note BARBIÉRI (J.F.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1995, 407, n°8, obs. SOINNE (B.).

- CA Paris, 29 oct. 1993, RJDA, 2/1994, n° 177 ; BJS, 1994, p. 91, n°17, obs. COURET (A.).

- CA Paris 27 avr. 1993, *Dr. Sociétés*, juill. 1993, p. 1, note FRISON-ROCHE (M.-A.).

- CA Versailles 13^{ème} ch., 25 févr. 1993, n°141, *Mme Robert et autres c/ Mandin ès-qual.*, BJS, mai 1993, n°JBS-1993-168, p. 602, note LE CANNU (P.).

- CA Paris 19 janv. 1993, BJS, 1993, p. 569, note LEPELTIER (D.).

- **1994** -

- CA Paris, 29 oct. 1994, *Bull. Joly*, 1994, §17, p. 91, note COURET (A.).

- CA. Paris, 29 avr. 1994 : JurisData n°1994-021847 ; *Dr. Sociétés*, 1994, comm. 173, note CHAPUT (Y.).

- **1995** -

- CA Rennes, 28 juin 1995, *Rev. Proc. Coll.* 1998, p. 347, obs. SOINNE (B.) ; *Bull. civ*, IV,

n°63 ; RTD Civ., 1995, p. 885, obs. MESTRE (J.).

- CA Paris, 26 juin 1995, *Rev. Proc. Coll.*, 1995, 407, n°9. Obs. SOINNE (B.).

- CA Paris, 5 mai 1995, *Dr. Sociétés*, 1995, p.7, n°183, Obs. BONNEAU (T.).

- 1996 -

- CA Versailles, 20 sept. 1996, RTD Com., 1997, n°461, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

- CA Paris, 3^e ch., 13 sept. 1996 : JurisData n°1996-022306 ; *Rev. Proc. Coll.*, 1998, p. 263, n°10, obs. SOINNE (B.).

- CA Versailles, 6 juin 1996, *JCP éd. E*, 1996, 851 ; *RJDA*, 1997, n°221.

- 1997 -

- CA Nancy, 1^{er} octobre 1997, *BJS*, 1 avr. 1998, n°4, p. 303, § 109, note FAUCHON (A.).

- CA Versailles, 13^e ch. 3 avr. 1997, *Sté Yoko international c/ Canet*, n°4381/96 : JurisData n°1997-600406 ; *D. Affaires*, 1997, p. 1084, n°33 ; *BJS*, 1 oct. 1997, (B.312), p. 861-865, note DOM (J.-P.) ; *BJS*, 1997, p. 804, §. 294, note CALENDINI (J.-M.) ; RTD Com., 1997, p. 682. obs. MARTIN-SERF (A.).

- CA Paris, 14 février 1997, *Dr. Sociétés*, 1997, comm. n°110, obs. BONNEAU (T.).

- 1998 -

- CA Besançon (ch. Com.), 2 déc. 1998, *Association ADAM et autres c/ SA L'Amy*, *Rev. Sociétés*, 1999, p. 362, note LE BARS (B.) ; *Bull. Joly*, 1999, p. 943.

- CA Paris, 30 avr. 1998, *Dr. Sociétés*, 1999, n°12 ; *BJS*, 1997, p. 861, note DOM (J.-P.).

- 1999 -

- CA Paris, 1^{er} déc. 1999, *Bull. Joly*, 2000, 741, n°177, note VALLANSAN (J.).

- CA Paris, 5 nov. 1999, JurisData n°1999-112360.

- CA Paris, 17 sept 1999, *RJDA*, 12/99 n°1362.

- CA Toulouse 10 juin 1999, n°042.702.

- CA Versailles, 20 mai 1999, RTD Com. 2000, p. 962, obs. CHAZAL (J.-P.), REINHARD (Y.).

- CA Versailles, 2 mai 1999, n°96-8453 : *RJDA*, 7/99, n°788 ; Cass. Com., 24 juin 1997, n°95-20.056, *Bull. Civ.*, IV, n°207 ; *JCP*, 1997. II. 22966, note MOUSSERON (P.) ; *Dr. Sociétés*, 1997. Comm. 138, note BONNEAU (T.) ; *JCP éd. N*, 1998. 490, obs. GARÇON (J.-P.) ; *Bull. Joly*, 1997. 871, note SAINTOURENS (B.) ; RTD Com., 1998. 153, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *Deffrénois*, 1998, art. 36811, n°2, p. 667, obs. HONORAT (J.) ; *D.*, 1998. 178, obs. HALLOUIN (J.-C.).

- CA Versailles, 2 avr. 1999 : *RJDA* 7/1999, n°788, RTD Com., 1999, p. 881.

- CA Versailles, 18 mars 1999, *RJDA*, 6/1999, n°644, p. 508.

- 2000 -

- CA Caen, 28 sept. 2000, Act. Proc. Coll., 2001, n°101, obs. REGNAUT MOUTIER (C.).
100 CA Paris, 13 oct. 2000, *RJDA*, 2001, n°31.

- CA Paris, 16 juin 2000, JurisData n°2000-124858.

- CA Versailles, 8 juin 2000, *Sauerborn et autres c/ Me Mandrin et autres*, RTD Com., 2000, p. 934, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) et p. 956, obs. CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.).

- CA Paris, 4 févr. 2000, RD banc. Fin. 2000. Comm. 230, par LUCAS (F.-X.).
100 CA Lyon, 11 févr. 2000, RTD Com., 2001, p. 145, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)

- CA Paris, 25 janv. 2000, BJS, 2000, p. 525, note COURET (A.).

- **2001** -

- CA Aix en Provence, 16 mai 2001, BRDA, 3/02, inf. n°7.

- CA Paris, 6 mars 2001, n°2000/14763, *Morais-Lopez et autre c/ SCP Girard-Levy*, ès-qual, BJS, 1 juill. 2001, n°7, p. 787, note DOM (J.-P.).

- **2002** -

- CA Nancy, 18 déc. 2002, *Dr. Sociétés*, déc. 2003, p. 19 ; RTD Com., 2004, p. 94, n°2, obs. CHAMPAUD (C.).

- **2003** -

- CA. Aix en Provence, 8^e ch. Sect. B, 5 déc. 2003, *SA Sofipharma c/ Sté financière de Marcory et autres*, *Bull. Joly*, 2004, p. 1077, B211, note CERATI-GAUTHIER (A.).

- **2004** -

- CA Versailles 12^e ch. 2^e sect., 16 déc. 2004, n°97-03.389, *Jablonski c/ Sté OGDI*, BJS, 1 juin 2005, n°6, p. 701, note SYLVESTRE (S.).

- CA Paris, 10 mars 2004, n°02-11.747, *Perriot c/ Dhib Main Ben Hassine*, *Dr. Sociétés*, 2004, comm. 193, note MONNET (J.).

- **2005** -

- CA Lyon, 9 juin 2005, n°04-02.345, *SCP Benard-Flechbet c/ SCI Le grillon d'or*, BJS, 1 avr. 2006, n°4, p. 541, note GARÇON (J.-P.).

- **2007** -

- CA Versailles, 25 sept. 2007, *Dr. Sociétés*, févr. 2008, n°34, Obs. MONNET (J.) ; *Dr. Sociétés*, 2008, comm. 34.

- CA Versailles, 29 mars 2007, n°06-01.432, BJS Sept. 2007, p. 973.

- **2008** -

- CA Paris, 14^e ch., sect. B, 30 mai 2008, n°08-00.974, *SA Alpha's/Bocato*, *Juris-Data* n°368180, *Dr. Sociétés*, 2008, comm. 243, note COQUELET (M.-L.).

- CA Paris, 22 mai 2008, BRDA, 18/2008, n°6.

- CA Reims, ch. Civ., 1^{er} sect., 28 janv. 2008, RG, n°07/00704, *Act. Proc. Coll.*, 2008/16, n°254, note MODI KOKO BEBEY.

- **2009** -

- CA Paris, 3^e ch. A, 17 févr. 2009, RJDA, 6/09, n°564 ; *Rev. Sociétés*, 2009, p. 671, obs. URBAIN-PARLEANI (I.).

- **2010** -

- CA Paris, 25 févr. 2010, *D.*, 2010, p. 57, obs. DAMMANN (R.), PODEUR (G.).

- **2011** -

- CA Rouen, ch. civ. et com., 8 déc. 2011.

- CA Paris, P. 5, ch. 9, 7 avr. 2011, n°10/06823, *Sté Toplux*, BJS, nov. 2011, Roussel Galle (P.).

- CA Paris, 28 juin 2011, n°10-19.746, *sté Uniross SA*, BJS, 1 févr. 2012, n°2, note SOTIROPOULOU (A.).

- **2012** -

- CA Aix-en-Provence, 5 juill. 2012, *JCP éd. E*, 21 févr. 2013, 1116, note DELATTRE (C.) 112 CA Riom, ch. com., 11 juil. 2012 ; *Act. proc. coll.*, 2014-18, comm. 319, obs. PAGNUCCO (J.-Ch.).

- **2013** -

- CA Paris, 17 sept. 2013, *Rev. Sociétés*, 2014, p. 299, note TABOUROT-HYEST (C.).

- **2014** -

- CA Chambéry, 20 mai 2014, n°14-00.079. 114 CA Paris, 27 mars 2014, n°13-06.816, *L. c/ SARL MC holdings*, *Rev. Sociétés*, 2015, p. 31, note SYLVESTRE (S.).

- CA Aix-en-Provence, 13 févr. 2014, n°12-23.561, note BRIGNON (B.) ; BJS, 1 mai 2014, n°5, p. 325, note BRIGNON (B.).

- CA Rennes, 21 janvier 2014, n°12-04.628, *Madame Emmanuelle Leve épouse Idraoui c/ SELARL TCA* : Numéro *JurisData* 2014-001011.

- **2015** -

- CA Lyon, 11 juin 2015, n°14-02.049.

- CA Paris 24, févr. 2015, n°13-20.394, *BJS*, juill. 2015, n°113t2, p. 338, note LAROCHE (M.) ; *RJDA*, 5/13, n°342.

- **2017** -

- CA Aix en Provence, 6 juill. 2017, n°15-05231, *Dr. Sociétés*, 2018, comm. 13, note LEGROS (J.-P.) ; *RJDA*, 11/7, n°720.

- **2019** -

- CA Orléans, 21 févr. 2019, n°18-014101.

G. Tribunaux

- **1892** -

- T. Com. Seine, 3 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 1893, I, p. 72.

- **1938** -

- T. Com. Colmar, 20 janv. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938, 1. 561.

- **1967** -

- T. Com. Versailles, 18 janv. 1967, *RTD Com.*, 1967, p. 795, obs. CHAMPAUD (C.). 73 *TGI Paris*, 14 mars 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, II, 912 ; CA Paris, 25 avr. 1984, *Bull. Joly*, 1984, p. 1004, n°368-II ; CA Paris, 24 nov. 1989, *JCP éd. E*, 1991, I, 61, n°3.

- **1975** -

- T. Corr. Rouen, 9 juill. 1975, *D.*, 1976, p. 531, note ROUJOU DE BOUBEE (G.) ; *JCP*, 1976, II, 18258, note SAVATIER (R.) ; *Gaz. Pal.*, 1975, 2. 798, note MAGDI SAMI ZAKI.

- T. Com. Poitiers, 30 juin 1975, *RTD Com.*, 1976, p. 373, obs. CHAMPAUD (C.).

- **1977** -

- *TGI Dijon*, 8 mars 1977, *D.* 1977, p. 482, note BOUSQUET (J.-C.) ; *JCP*, 1977, II, 18722, note RABUT (M.), *Rev. Sociétés*, 1977, p. 279, note RANDOUX (D.).

- **1986** -

- *TGI Béthune*, 26 Sept. 1986, *Rev. Proc. Coll.*, 1987, p. 51, n°2, obs. SOINNE (B.).

- **1987** -

- T. com. Nanterre, 8 déc. 1987, *BRDA*, 15 juin 1988, p.11 ; *JCP E*, 1988, II, 21019, note VIANDIER (A.) ; *Rev. Proc. Coll.*, 1988, p. 314, n°6, note SOINNE (B.).

- T. com. Paris, 21 mai 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, 2, p. 680.

- **1988** -

- T. Com Lille, 5 févr. 1988, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, p. 314, n°6, note SOINNE (B.) ; *LPA*, 23 mars 1988, p. 19.

- T. Com. Grenoble, 12 janv. 1988, *RJ Com.* 1988, 189, note GALLET (C.-H.).

- **1989** -

- T. com. Nanterre, 30 mai 1989, *RD banc.* 1990, p. 132, JEANTIN (M.), VIANDIER (A.) ; *JCP éd. E.*, 1990, II, 15784, n°9, VIANDIER (A.), CAUSSAIN (J.-J.).

- **1990** -

- T. Com. Paris, 14 févr. 1990, *JCP*, 1990, II, 21561.

- **1991** -

- T. Com. Paris, 24 sept 1991, *Dr. Sociétés*, 1992, n°32.

- **1995** -

T. Com. Lons-le-Saunier, 7 juill. 1995, *Dr. Sociétés*, déc. 1995, §252, note VIDAL (D.) ; *RTD Com.*, 1996, p. 75, note PETIT (B.).

- **1996** -

- T. Adm. Poitiers, 21 nov. 1996, *RJF*, 1/97, n°7.

- **2000** -

- T. com. Paris, 19 septembre 2000, *Dr. sociétés*, février 2001, comm. n°33. Note LUCAS (F.-X.).

- T. Com. Paris, 31 oct. 2000, *JCP*, 2001, éd. E, P., p. 298 ;

- **2012** -

- T. Com. Orléans, 1^{er} juin 2012, n°2010/11170, *BJE*, juill. 2012, p. 201, n°135, obs. DAMMAN (R.) et BOCHE-ROBINET (M.).

Index

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

- A -

Abus

- de biens sociaux : 472,476.
- de droit : 545, 564,714,732,808.
- de majorité :
201,210,282,286,370,472,535,687,701,
714,840.
- de minorité :
187,201,210,282,286,472,476,546,687,
701,714,732,734,843.

Administrateur judiciaire : 137,142,144 et s.,195 et s., 207 et s., 285 et s.

Acte juridique

- notion : 437
- collectif : 445 et s.

Actions

- à dividende prioritaire sans droit de vote :
110,519,
713,728.
- à vote double : 110.
- démembré : 129,279,309 et s., 726.
- gratuite : 129, 511.
- nantissement : 298, 388.
- prix : 322,346,352,384 et s.
- sans droit de vote

Affectio societatis

- bonne foi renforcée : 566.
- droit de demeurer dans la société : 371,381.
- élément du contrat de société : 8,371,446.
- notion : 525,568 et s.,678 et s.

Agrément

- clause : 261 et s.
- légal : 266 et s.

Analyse économique du droit : 34.

Apport

- en industrie : 58,129,560,612.
- en numéraire : 58,61,128,612,643,677,928.
- en nature : 58, 128 et s.,612, 643,655,929 et s.
- en usufruit : 129,279,309 et s., 726.
- évaluation : 322,346,352,384 et s.

- non libéré : 57 et s.
 - libération échelonnée : 66,68,69 et s.,128157.
 - sanctions de la non libération : 674 et s.
- ### **Assemblée générale**
- convocation : 142,173,192 et s.,227,249,492,683,943.
 - extraordinaire :
173,194,271,370,492,830,836.
 - ordinaire : 85,173,194 et s.,336,369 et s.,
492,934 et s.,943.

Associé

- actionnaire : 8.
- bailleur de fonds : 8.
- cession forcée des titres : 355 et s.
- cession forcée des titres de l'associé dirigeant : 316 et s.
- cumul avec la qualité de dirigeant : 297.
- droit de demeurer associé : 368 et s.
- principe d'égalité des associés : 107 et s.,
201,525,
571,672,852.
- mésentente : 369 et s.
- notion : 7,8.
- retrait : 371,382 et s.

Augmentation de capital

- choix des modalités : 925.
- forcée : 245 et s.
- par compensation : 655, 895 et s.
- réalisation : 252.
- souveraineté de l'assemblée : 912 et s.

- B -

Bonne foi

- notion : 471,555 et s.
- nature juridique : 562 et s.

- C -

Capital social

- augmentation (v. augmentation de capital)

- gage des créanciers : 125 et s.
- principe de fixité : 773, 845.
- principe de proportionnalité : 237.
- réduction (v. réduction de capital)
- sous-capitalisation : 88,491 et s.

Capitaux propres

- notion : 56.
- reconstitution : 159 et s.
- sanction de la non reconstitution : 686 et s.

Certificat

- d'investissement : 112, 308,713 et s.,726.
- de droit de vote : 308,313,714,726.

Cession forcée des titres (v. associé)

Classe de créanciers : 14,785 et s.

Clause

- d'agrément (v. agrément)
- de retour à meilleure fortune : 807.
- d'exclusion : 369 et s.
- préemption : 112, 389 et s.
- préférence : 389 et s.

Comité des créanciers : 264,365,780 et s.

Commissaire à l'exécution du plan : 123 et s.,385,

Compensation

- connexité : 896 et s.

Compte courant d'associé

- abandon : 803, 807, 814
- blocage : 793.
- compensation : 895 et s.
- déclaration de créance : 570,803,814,893.
- distinction des qualités d'associé et d'apporteur : 768 et s.
- notion : 763 et s.
- remboursement : 796 et s.

Connexité (v. compensation)

Contrat de société : 439 et s.

Contribution aux pertes sociales

- Distinction avec l'obligation aux dettes sociales : 353,512.
- Lien avec la reconstitution des capitaux propres : 139,150,170 et s., 428,500 et s.,509 et s.

Contrôleur : 121 et s.,210,

Corporate governance : 471,518,

Coup d'accordéon (v. réduction de capital)

Cram down : 15.

Cross class cram down : 787.

- D -

Déclaration de créance (v. compte courant)

Devoir

- d'associé : 9.
- de bonne foi (v. bonne foi)
- de non-concurrence : 10,521,560,590,642.
- de secours des époux
- de soutien : 10.
- notion : 699 et s.

Directives « restructuration et insolvabilité »

- champ d'application : 13.
- classes de créanciers : 14,785 et s.
- genèse du texte : 13.

Dirigeant social

- cession forcée des titres (v. associé)
- dirigeant de fait : 305.
- faillite personnelle : 329 et s.
- inaccessibilité des titres : 302 et s.
- mandataire : 10.
- révocation : 297, 545.

Dissolution de la société : 10,150,166 et s.,371,829, 855.

Distinction de l'homme et de l'entreprise : 19.

Droit étrangers

- allemand : 14.
- américain : 15.
- anglo-saxon : 16.

Droit de vote

- cession : 541, 724 et s.
- privation du droit de vote de l'associé : 212, 276 et s.
- privation du droit de vote de l'associé dirigeant : 341 et s.

Droit des sociétés en difficulté : 25 et s.

Droit de participer : 277 et s.

Droit préférentiel de souscription : 183,270 et s.,683,843 et s.,850 et s.,859 et s.

Droit fonction (V. Théorie des droits fonctions)

Droit propre (V. théorie des droits propres)

- E -

Eligibilité de la procédure

- société créé de fait : 618.
- société en formation : 618
- société en participation : 618.

Exclusion

- conventionnelle (v. clause)

-judiciaire (v. associé)
-sanction : 327,332,684.

Expertise de gestion : 552.

Expertise in futurum : 286

- **F** -

Faute

-de gestion : 10,75,487,489 et s.,496,809,939.
-incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé : 491 et s.

Fixité du capital (v. capital social)

- **G** -

Gouvernement d'entreprise (v. corporate governance)

- **I** -

Incessibilité des titres sociaux (v. dirigeant social)

Institution (v. théorie de l'institution)

Intangibilité des engagements : 920 et s.

Intérêt collectif des créanciers : 122 et s.

Intérêt social

-enjeux sociaux et environnementaux : 463 et s.

-intérêt des associés : 471.

-intérêt de la société : 472.

-intérêt de l'entreprise : 474.

-théorie mixte : 473.

- **J** -

Jus fraternitas : 568.

- **L** -

Libération des apports (v. apport)

Liquidateur : 137,148 et s.

- **M** -

Mandat (v. dirigeant)

Mandataire ad hoc

-abus de minorité et de majorité (v. abus)

-augmentation de capital forcée : 240.

-reconstitution forcée des capitaux propres : 207.

Mandataire judiciaire : 120 et s.

Modification du capital social (v. capital social)

- **N** -

New money (v. Privilège de la conciliation)

Nullité de la période suspecte : 806, 901.

- **O** -

Obligation

-alimentaire : 421,624.

-de contribution aux pertes (v. contribution aux pertes sociales)

-de verser des fonds complémentaires : 516.

-notion : 603 et s.

-théorie objective : 634 et s.

-théorie subjective : 639.

Obligation aux dettes sociales (v. contribution aux pertes sociales)

Obligations remboursables en actions : 833 et s.

Ordre public économique : 218.

- **P** -

Pacte d'actionnaires : 859 et s.

Plan de cession : 364.

Pouvoir

-prérogatives de volonté pure : 544.

-prérogatives finalisées : 550.

Prime d'émission : 931.

Principe d'égalité des associés (v. associé)

Privilège

-de conciliation : 879 et s.

-de sauvegarde et de redressement : 884 et s.

- **Q** -

Quorum : 943.

- **R** -

Reconstitution (v. Capitaux propres)

Réduction de capital

-coup d'accordéon forcée : 827.

-réduction du capital à zéro : 839 et s.

Reprise interne :

-augmentation de capital forcée : 237 et s.

-cession forcée des titres : 292 et s.

-Reconstitution forcée des capitaux propres :
177 et s.

Responsabilité

-notion d'associé responsable : 489 et s.

-des dirigeants : 329 et s.

Retrait associé (v. associé)

Risque (v. théorie du risque)

- **S** -

Stakeholders (v. théorie stakeholders)

- **T** -

Théorie des droits propres de l'associé :
371,526.

Théorie des droits fonctions : 530 et s.

Théorie du risque : 457 et s.

Théorie de la fondation : 452.

Théorie de l'institution : 450 et s.

Théorie du contrat de société : 439 et s.

Théorie stakeholders : 33, 474.

- **U** -

Usufruit (v. apport)

- **V** -

Valeur mobilière : 308 et s.

Voies de recours

-augmentation de capital forcée : 285.

-cession forcée des titres (dirigeant social) :
351.

-cession forcée des titres (associé) : 285.

-reconstitution forcée des capitaux propres :
221 et s.

Vote (v. droit de vote)

Table des matières

Remerciements

Liste des principales abréviations

Introduction 1

§I - Identification de l'objet 2

A) La participation de l'associé au regard de l'évolution du droit des sociétés 2

1) Vers un droit des sociétés soucieux des enjeux sociaux et environnementaux 3

2) Vers une diminution des droits de l'associé 5

B) La participation de l'associé au regard de l'évolution du droit des entreprises en difficulté 11

1) Une évolution cohérente avec celle du droit de l'Union européenne et certaines législations étrangères 11

2) Une évolution cohérente avec celle du droit des entreprises en difficulté 15

C) La participation de l'associé au regard de l'apparition d'un droit des sociétés en difficulté 21

1) La difficile conciliation du droit des sociétés et du droit de entreprises en difficulté 21

2) L'évolution du statut de l'associé en droit des entreprises en difficulté 24

§II - Intérêts de la recherche 34

§III - Méthode 35

§IV - Problématique retenue et plan de l'étude 37

PARTIE I : LES MANIFESTATIONS DE LA PARTICIPATION DE L'ASSOCIE AU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE 41

TITRE I : LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE PAR LA PARTICIPATION FINANCIERE DE L'ASSOCIE 45

Chapitre I : La participation de l'associé par la libération de l'apport 49

Section I : Le traitement de la participation de l'associé en fonction des risques pris par les apporteurs 53

§I - La contrainte de l'exigibilité immédiate de l'apport souscrit avant le jugement d'ouverture 54

A) Le libéralisme du droit des sociétés contrarié par l'exigibilité immédiate de l'apport 55

1 - Le principe de l'exigibilité immédiate dérogeant au droit des sociétés 55

a - Une dérogation aux dispositions légales déterminant les modalités de la libération de l'apport 56

α - Une dérogation aux dispositions légales 56

β - Une dérogation nécessaire pour garantir la participation de l'associé 59

b - Une dérogation aux dispositions statutaires prévoyant les modalités de la libération de l'apport 60

α - Une dérogation au contrat de société 61

β - Une dérogation respectueuse des engagements de l'associé 63

2 - L'opportunité de l'exigibilité immédiate en dépit du faible montant du capital social 64

B) La délimitation de la participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise 68

<u>§II - La souplesse des conditions de l'exigibilité de l'apport souscrit après le jugement d'ouverture</u>	72
A) Un régime favorable réservé aux nouveaux apports	73
1 - Une souplesse accentuée au cours des réformes du droit des procédures collectives	73
2 - Un régime favorable à la reprise interne de la société	76
B) La pertinence de la différence de traitement au regard du principe d'égalité des associés	79
1 - La préservation du principe d'égalité malgré la différence de traitement des associés selon les risques pris	79
2 - Le principe d'égalité appliqué aux associés participant à une augmentation du capital en procédure collective	84
 Section II : La participation de l'associé caractérisée par les conditions d'exécution de la libération de l'apport	 86
 <u>§I. Le fondement discutable de la compétence du mandataire judiciaire en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire</u>	 87
A) La remise en cause d'une compétence fondée sur l'intérêt des créanciers	87
1 - L'identification d'une compétence fondée sur l'intérêt des créanciers	88
2 - L'archaïsme de la conception du capital social comme gage des créanciers	91
B) La nécessité d'une compétence fondée sur l'intérêt de l'entreprise	97
1 - La préconisation d'une compétence partagée avec les organes dirigeants	97
a - Une attribution légitime au regard de la jurisprudence	97
b - Le dessaisissement regrettable des organes dirigeants d'appeler l'apport non versé	100
2 - La préconisation d'une compétence partagée avec l'administrateur judiciaire	103
<u>§II - La compétence exclusive du liquidateur en liquidation judiciaire</u>	106
 Chapitre II : La participation de l'associé par la reconstitution des capitaux propres	 117
 Section I : La reconstitution des capitaux propres conditionnée par la possibilité d'un sauvetage de l'entreprise	 121
 <u>§I - L'étude des modalités de la reconstitution des capitaux propres</u>	 122
A) L'éviction des dispositions du droit des sociétés pour le sauvetage de l'entreprise	122
B) L'incidence de l'obligation de contribuer aux pertes sur le sauvetage de l'entreprise	125
1 - La reconstitution des capitaux propres applicable aux sociétés à responsabilité illimitée	125
2 - Les attraits de la reconstitution des capitaux propres pour l'entrée d'un tiers	128
a - La reprise interne comme condition à la reconstitution forcée des capitaux propres	129
b - Les conséquences de la reprise interne consécutive à la reconstitution forcée des capitaux propres sur le contrôle de la société	132
<u>§II - L'intérêt relatif de la reconstitution des capitaux propres pour le sauvetage de l'entreprise</u>	134
 Section II : La reconstitution des capitaux propres modulée selon la procédure collective	 138
 <u>§I - Une contrainte relative sur le vote de l'associé lors de la reconstitution des capitaux propres en procédure de sauvegarde</u>	 138
A) La participation de l'associé limitée à sa convocation à l'assemblée	139
B) Le respect de la souveraineté de l'assemblée	145
<u>§II - Une contrainte absolue sur le vote de l'associé lors de la reconstitution des capitaux propres en procédure de redressement judiciaire</u>	148
A) Une reconstitution imposée à l'assemblée des associés	148

1 - Une reconstitution forcée conditionnée par l'intervention des organes judiciaires	148
2 - L'atteinte faite à la souveraineté de l'assemblée des associés	153
B) La limitation de l'appel contre le dispositif afin de préserver sa réalisation	160

TITRE II : LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE PAR LA PARTICIPATION DE L'ASSOCIE A LA REPRISE INTERNE DE LA SOCIETE 171

Chapitre I : La participation de l'associé par l'adoption d'une augmentation du capital social	175
--	-----

Section I : L'associé exceptionnellement contraint de favoriser une reprise interne par augmentation de capital	181
---	-----

§I - Les lacunes du dispositif d'augmentation de capital forcée 181

A) Un dispositif trop imprécis	181
B) Un dispositif amputé de son efficacité par ses nombreuses conditions	187

§II - Les moyens de défense de l'associé contre la reprise interne 192

A) La neutralisation partielle des mécanismes d'agrément	192
1) La neutralisation des clauses d'agrément cantonnée à un champ d'application restreint	193
2) Le maintien regrettable de l'agrément légal	196
B) La possibilité pour l'associé d'utiliser son droit préférentiel de souscription	200

Section II : La neutralisation de l'associé réfractaire par la privation de l'exercice de son droit de vote	203
---	-----

§I - La privation de l'exercice du droit de vote de l'associé réfractaire justifiée par le sauvetage de l'entreprise 203

A) Le maintien du droit de participer malgré la privation de l'exercice du droit de vote	203
B) La privation de l'exercice du droit de vote justifiée par la défense de l'intérêt social	207

§II - L'impuissance de l'associé réfractaire face au dispositif d'augmentation de capital forcée 209

Chapitre II : La cession forcée des titres de l'associé vecteur du sauvetage de l'entreprise	217
--	-----

Section I : La neutralisation de l'associé dirigeant favorisant le sauvetage de l'entreprise	221
--	-----

§I - L'immobilisation contrôlée des droits sociaux de l'associé dirigeant, un préalable à leur cession forcée 224

A) Le maintien forcé de l'associé dirigeant par l'incessibilité de ses titres	224
B) La dissociation partielle entre l'incessibilité des titres et le droit de vote de l'associé dirigeant	233

§II - La cession forcée des droits sociaux de l'associé dirigeant 235

A) L'encadrement rigoureux de la cession forcée des titres de l'associé dirigeant	235
1 - La cession forcée des titres de l'associé dirigeant : une mesure exceptionnelle réduite à la seule procédure de redressement judiciaire	236

2 - La possibilité d'une cession forcée des titres de l'associé dirigeant en l'absence de faute	239
a - L'associé dirigeant non fautif condamné à la cession forcée des titres sur le fondement de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce	239
b - L'associé dirigeant fautif condamné à la cession forcée des titres sur le fondement de l'article L. 653-9 du Code de commerce	242

3 - L'atteinte faite aux droits de l'associé dirigeant justifiée par le sauvetage de l'entreprise	244
---	-----

a - Une éviction destinée à permettre le sauvetage de l'entreprise	244
b - La privation discutable du droit de vote de l'associé dirigeant dans l'attente de la cession forcée de ses titres	247
c - La validation par le Conseil constitutionnel du dispositif de cession forcée des titres de l'associé dirigeant	249
B) Les incertitudes pesant sur les conséquences de la cession forcée des titres pour l'associé dirigeant	252
 Section II : La cession forcée des titres de l'associé refusant de participer au sauvetage de l'entreprise	 256
<i>§I - L'encadrement excessif du dispositif de cession forcée des droits sociaux de l'associé</i>	<i>257</i>
A) Un dispositif limité dans son application par des conditions trop rigoureuses	258
B) Un dispositif limité du fait de l'atteinte faite au droit de l'associé	262
1 - La cession forcée des titres, vers une remise en cause du droit de demeurer associé	262
2 - La cession forcée des droits sociaux justifiée par le sauvetage de l'entreprise et validée par le Conseil constitutionnel	272
<i>§II - L'exécution délicate du dispositif de cession forcée des droits sociaux de l'associé</i>	<i>274</i>
A) Les imprécisions du dispositif de cession forcée des droits sociaux	275
B) Le maintien regrettable des clauses de préférence ou de préemption	279
 <u>PARTIE II : L'ANALYSE DE LA PARTICIPATION DE L'ASSOCIE AU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE</u>	 295
 TITRE I : LES FONDEMENTS DE LA PARTICIPATION DE L'ASSOCIE AU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE	 299
 Chapitre I : Les difficultés de l'entreprise comme fondement de la participation de l'associé	 303
 Section I : La participation de l'associé justifiée par les difficultés de l'entreprise	 307
<i>§I - La qualification juridique des difficultés de l'entreprise, fondement de la participation de l'associé</i>	<i>307</i>
<i>§II - Le caractère évolutif du principe de participation de l'associé</i>	<i>311</i>
A) Une participation accrue en fonction de l'importance des difficultés de l'entreprise	311
B) L'interventionnisme judiciaire accrue en fonction de l'importance économique de l'entreprise en difficulté	313
 Section II : La participation de l'associé justifié par la préservation de l'entreprise	 317
<i>§I - La participation financière de l'associé justifiée par la préservation de la société institution</i>	<i>317</i>
A) L'incompatibilité des théories contractuelles de la société avec le principe de participation	317
1 - Le rejet du contrat de société comme fondement	318
2 - Le rejet de l'acte juridique collectif comme fondement	321
B) La participation financière de l'associé expliquée par les théories prônant la défense d'un intérêt supérieur	325
1 - La participation financière de l'associé justifiée par la théorie de l'institution	325
2 - La participation financière de l'associé expliquée par la théorie du risque	332

<u>§II - L'exercice du droit de vote, une manifestation de la participation de l'associé guidée par l'intérêt de l'entreprise</u>	334
A) L'intérêt social, garant des enjeux sociaux et environnementaux, comme justification du principe de participation de l'associé	334
B) L'intérêt social, garant de l'intérêt de l'entreprise, comme justification du principe de participation de l'associé	340
Chapitre II : L'aménagement des obligations et des devoirs de l'associé comme fondement de sa participation	355
Section I : Les obligations de l'associé comme fondement de sa participation financière	359
<u>§I - Le rejet d'une faute de l'associé comme fondement de sa participation financière</u>	360
A) L'émergence d'une responsabilité de l'associé pour défaut de soutien à la société	360
B) La participation de l'associé au sauvetage de l'entreprise, non fondée sur une faute	368
<u>§II - Le principe de participation de l'associé, prolongement des obligations de l'associé</u>	372
A) La participation financière de l'associé fondée sur l'obligation de libération	373
B) La participation financière de l'associé fondée sur l'obligation de contribuer aux pertes	377
Section II : Les devoirs juridiques de l'associé comme fondement de sa participation à une reprise interne	384
<u>§I - La participation de l'associé liée à son pouvoir de voter</u>	386
A) La participation de l'associé liée à l'attribution d'un droit de vote fonction	386
B) Le pouvoir de voter de l'associé, une prérogative finalisée par le sauvetage de l'entreprise	392
<u>§II - La participation de l'associé liée à ses devoirs juridiques</u>	396
A) Le respect par l'associé du devoir de bonne foi	397
1 - La bonne foi comme fondement de la participation de l'associé	397
2 - Le devoir, une nature juridique commune à la bonne foi et à la participation de l'associé de voter en faveur d'une reprise interne	399
B) Le respect par l'associé du devoir d'affectio societatis	403
TITRE II : LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA PARTICIPATION DE L'ASSOCIE AU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE	417
Chapitre I : L'obligation de participer financièrement au sauvetage de l'entreprise	427
Section I : La nature juridique de la participation financière de l'associé déterminée au travers de la distinction de l'obligation et du devoir	431
<u>§I - Les critères non retenus pour distinguer l'obligation du devoir et qualifier la participation financière de l'associé</u>	431
A) L'existence d'un débiteur et d'un créancier : un critère non discriminant	432
1 - L'associé comme débiteur de l'obligation de libération et de reconstitution	432
2 - La société comme créancière de l'obligation de libération et de reconstitution	440
B) La connotation morale et la précision : des critères non discriminants	446
1 - Le rejet du critère de la connotation morale	447
2 - Le rejet du critère de la précision	449

<u>§III - Les critères retenus pour distinguer l'obligation du devoir et qualifier la participation financière de l'associé</u>	452
A) Les obligations de libération et de reconstitution caractérisées par un lien patrimonial	452
B) Les obligations de libération et de reconstitution caractérisées par une prestation économique.	458
 Section II : Le régime juridique et les sanctions de la participation financière de l'associé	463
 <u>§I - Le régime juridique de l'obligation de participer financièrement</u>	463
A) La possibilité d'éteindre sa participation financière	464
B) La possibilité de transmettre sa participation financière	465
1 - L'action des organes judiciaires contre les anciens associés	466
a - L'action contre les anciens titulaires des actions non libérées	466
b - L'action contre les anciens titulaires des parts sociales non libérées	468
2 - L'action des organes judiciaires contre tous les associés	473
<u>§ II - La sanction de l'associé défaillant lors d'une procédure collective</u>	476
A) La sanction de l'associé opposant à la libération de l'apport	476
1 - La sanction de l'associé solvable	477
2 - La sanction de l'associé insolvable	480
B) La sanction de l'associé opposant à la reconstitution des capitaux propres	484
 Chapitre II : La devoir de participer par son droit de vote au sauvetage de l'entreprise	491
 Section I : Le nature juridique de la participation de l'associé par son droit de vote	493
 <u>§I - Le devoir caractérisé par l'absence de créance corrélative</u>	493
<u>§III - Le devoir caractérisé par une contrainte de nature non patrimoniale</u>	497
A) La nature comportementale du droit de vote	498
B) La nature extrapatrimoniale du droit de vote	502
 Section II : Le régime juridique et les sanctions de la participation de l'associé par son droit de vote	508
 <u>§I - Le régime juridique du devoir de participer par son droit de vote</u>	508
A) La permanence du devoir de voter dans le sens de l'intérêt de l'entreprise	508
B) L'impossible cession du droit de vote	511
<u>§II - La sanction de l'associé opposant à l'adoption d'une augmentation de capital</u>	515
A) La sanction étatique du sujet actif fautif	515
B) La préconisation d'une sanction à l'égard de l'associé réfractaire	518

PARTIE III : L'EXTENSION MESUREE DE LA PARTICIPATION DE L'ASSOCIE AU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE 531

TITRE I : LA PRECONISATION D'UNE EXTENSION DE LA PARTICIPATION DE L'ASSOCIE AU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE 535

Chapitre I : L'implication souhaitable de l'associé créancier dans le sauvetage de l'entreprise 539

Section I : La qualité de créancier du titulaire de l'avance en compte courant : un obstacle au sauvetage de l'entreprise 543

§I - Les aspects négatifs de la conception actuelle, traitant l'associé créancier uniquement en sa qualité de créancier 543

A) La qualité de créancier, une qualité incompatible avec le principe de participation de l'associé 544

B) La qualité de créancier, un obstacle au sauvetage de l'entreprise par son influence 546

1 - L'influence de l'associé créancier par son avance en compte courant 546

2 - L'influence de l'associé créancier par sa présence au sein du comité des établissements de crédit 548

§II - L'évolution souhaitable au regard de la directive, l'associé créancier distingué des autres créanciers 550

A) La solution inadaptée de la directive, prônant une distinction des qualités d'associé et de créancier 550

B) Vers une reconnaissance du cumul des qualités d'associé et de créancier du titulaire de l'avance en compte courant 556

Section II : La qualité de créancier du titulaire de l'avance en compte courant : un obstacle au refus de la demande de remboursement 559

§I - La demande de remboursement du compte courant, un danger pesant sur le sauvetage de l'entreprise 559

A) L'aggravation du passif par la demande de remboursement du compte courant 560

B) Les obstacles existants au remboursement du compte courant 565

§II - Vers un encadrement du remboursement du compte courant, justifié par la qualité d'associé du prêteur 570

A) Un droit au remboursement contraire aux devoirs de l'associé 570

B) Un droit au remboursement déjà encadré par le passé 574

Chapitre II : La nécessité de contraindre l'associé à adopter un coup d'accordéon 581

Section I : L'absence regrettable d'un dispositif imposant un coup d'accordéon 585

§I - La préconisation d'une contrainte à l'égard de l'associé 585

§II - La préconisation d'une contrainte à l'égard des obligataires ayant vocation à devenir associé 590

Section II: La décision du coup d'accordéon imposée aux associés minoritaires 597

§I - Une jurisprudence peu favorable aux associés minoritaires victimes d'un coup d'accordéon 598

A) Première étape : le coup d'accordéon conditionné au maintien du droit préférentiel de souscription 599

B) Seconde étape : l'admission d'un coup accordéon avec suppression du droit préférentiel de souscription 603

<i>§II - La neutralisation d'une clause anti-dilution en procédure collective</i>	610
TITRE II : LES LIMITES A L'EXTENSION DE LA PARTICIPATION DE L'ASSOCIE AU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE	623
Chapitre I: L'associé créancier uniquement incité à participer au sauvetage de l'entreprise	629
Section I : L'associé créancier incité à faire des avances en compte courant	633
<i>§I. L'associé créancier incité à investir par le privilège de « new money »</i>	633
<i>§II. L'associé créancier incité à investir par le privilège de « post money »</i>	636
Section II : L'associé créancier incité à compenser sa créance en compte courant avec sa dette d'apport	646
<i>§I - La prohibition prétorienne de la compensation en paiement en procédure collective</i>	646
<i>§II - L'admission légale de la compensation avec la libération de l'apport en procédure collective</i>	650
Chapitre II : L'associé uniquement incité à participer au sauvetage de l'entreprise par de nouveaux apports	661
Section I : La réalisation de l'augmentation de capital social sans reprise interne soumise à la volonté des associés	665
<i>§I - La liberté relative des associés de voter l'augmentation de capital social</i>	665
A) La souveraineté de l'assemblée confrontée au risque de la résolution du plan	665
B) L'impossibilité de forcer l'augmentation du capital sans heurter le principe d'intangibilité des engagements des associés	670
<i>§II - La liberté des associés sur le choix des modalités de l'augmentation du capital</i>	674
A) L'admission de tous les modes de participation à l'augmentation du capital social	674
B) La liberté des associés quant à l'opportunité du moment de la prise de décision de l'augmentation de capital	677
Section II : L'associé incité à adopter l'augmentation du capital social	679
<i>§I - Le devoir du dirigeant d'inciter les associés à voter l'augmentation du capital social</i>	679
<i>§II - L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit de vote des associés</i>	682
Conclusion générale	697
Index	771
Table des matières	777