

# **Colloque Franco-Brésilien 17-18 octobre 2016: La moralisation de la vie économique. Approche comparative Brésil/France**

## **La moralisation du droit des entreprises en difficulté : de la sanction des dirigeants à l'implication des associés**

Corinne Saint-Alary-Houin, professeur à l'Université Toulouse1 Capitole, Co-directrice du Centre de droit des affaires

1- Il existe des relations anciennes entre "le droit des faillites" et la morale des affaires: l'échec commercial entraîne la réprobation sociale. Le failli "fallere" est tombé et a fraudé. Il a trahi la confiance de ses pairs. C'est pourquoi dans le Code de commerce de 1807, les biens du failli sont vendus pour payer ses créanciers selon un principe d'égalité. Le débiteur est ainsi éliminé du circuit commercial. Il est, en outre, frappé de déchéances graves: la mort civile, c'est-à-dire la perte des droits civils et politiques.

2- L'évolution postérieure a atténué cette perception sanctionnatrice en admettant, dès la fin du XIX ième siècle, qu'à côté de la faillite *stricto sensu* existe une procédure tendant au maintien du commerce par le vote des propositions concordataires faites par le débiteur. Le concordat, sorte de contrat collectif entre le débiteur et ses créanciers, permet d'éviter la dispersion des biens. Mais il faut que le débiteur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'ait pas commis de faute à l'origine de sa défaillance. La morale est sous-jacente même si l'absence de fraude ne permet pas de conclure à la viabilité de l'entreprise.

3- Il faudra attendre la loi du 13 juillet 1967 pour que le législateur français dissocie la mesure patrimoniale, redressement ou liquidation, du comportement du débiteur en ne la faisant dépendre que d'un critère économique: la possibilité de sauver l'entreprise par un concordat sérieux. S'il a commis des

fautes, le débiteur fait l'objet d'une mesure de faillite personnelle entraînant l'interdiction de gérer et des déchéances ou d'une simple interdiction de gérer. Cette distinction "du sort de l'homme et du sort de l'entreprise," perdue dans la législation actuelle bien que les mesures de traitement se soient diversifiées depuis: sauvegarde (ordinaire ou accélérée), redressement judiciaire, liquidations judiciaires (ordinaire ou simplifiée, simplifiée obligatoire ou facultative).

Il en résulte que la moralisation du droit des entreprises en difficulté semble assez établie. La sanction ne frappe le débiteur que s'il a commis des faits justifiant le prononcé de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer.

4- Pourtant, le débat s'est déplacé. Si on laisse de côté la volonté de moraliser le comportement des repreneurs patente dans la loi du 10 juin 1994, l'interrogation n'est plus tellement: Quand punir le débiteur malhonnête ? mais plutôt: Qui doit supporter les dettes de l'entreprise défailante? le risque d'entreprendre?

A cet égard, se discerne une véritable évolution des idées. Si le poids du passif pèse, en principe, sur les créanciers, la première tendance a été de rechercher la responsabilité des dirigeants, de ceux qui ont le pouvoir de décision dans les sociétés, afin qu'ils répondent des conséquences de leurs actes.

Mais, plus récemment, sous l'influence de la pensée de certains économistes, est apparue aussi l'idée que les actionnaires majoritaires devaient également être sanctionnés en cas de blocage de la cession de leur entreprise à un cessionnaire.

A la moralisation du comportement des dirigeants (1) s'est ajoutée, en droit des entreprises en difficulté, celle de la l'indifférence des actionnaires (2).

## **1- LA MORALISATION DU COMPORTEMENT DES DIRIGEANTS**

5- Avec le développement des sociétés commerciales, SA et SARL, dès la deuxième moitié du XXIème siècle, le législateur a adopté des textes ayant pour objet de reporter la charge de la dette de la société sur les dirigeants afin qu'ils n'abusent pas de la personnalité morale. Ces procédés sont aujourd'hui en recul, étant cantonnés à la liquidation judiciaire (A). En revanche, dans la procédure de redressement judiciaire, la moralité du comportement des dirigeants, particulièrement s'ils sont associés, est appréciée par le tribunal au regard des décisions qu'ils ont prises (B).

### **A- La responsabilité des dettes sociales pour faute de gestion**

6- Afin d'atteindre le patrimoine des dirigeants, les décrets-lois du 8 août 1935 et la loi du 16 novembre 1940 avaient imaginé deux procédés : déclarer la faillite de la société commune au dirigeant qui, sous le couvert de la société, avait fait des actes de commerce dans son intérêt personnel et obliger le dirigeant à combler tout ou partie du passif de la société si par ses fautes de gestion, il l'avait conduite à la cessation des paiements.

7- L'ouverture d'une procédure collective contre le dirigeant, à titre personnel, après avoir été reprise par la loi du 25 janvier 1985, puis rebaptisée sous le nom d' "obligation aux dettes sociales" par la loi du 26 juillet 2005, a finalement été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Ne subsiste qu'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif dont les conditions sont étroites et qui a pour but, dans un souci de moralisation, de faire supporter au dirigeant tout ou partie des dettes sociales.

1°) 8- Les conditions de recevabilité de l'action tiennent à la nature de la procédure en cours et à la réunion des conditions de la responsabilité civile.

Cette action est cantonnée à la liquidation judiciaire. Elle n'est pas admise en sauvegarde (où il n'y a pas de sanctions), ni en redressement judiciaire alors qu'elle pouvait y être mise en oeuvre jusqu'en 2008. Elle peut être exercée seulement par le liquidateur ou par le ministère public dans les trois ans du jugement d'ouverture et doit être portée devant le tribunal de commerce ou de grande instance qui a ouvert la procédure.

Pour prospérer, cette action suppose que soient établies une ou plusieurs fautes de gestion du dirigeant ayant provoqué l'insuffisance d'actif de la société dirigée. La notion de faute de gestion n'est pas définie par les textes mais sont prises en considération toutes erreurs commises dans la gestion de l'entreprise dès lors qu'est prouvé le lien de causalité entre la faute commise et le préjudice subi par la société.

2°) 9- *Le résultat* de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est de mettre tout ou partie des dettes sociales à la charge d'un ou de plusieurs dirigeants de droit ou de fait. Le tribunal saisi a un pouvoir d'appréciation et n'est jamais obligé de condamner le dirigeant fautif. La Cour de cassation exige cependant que soit respecté un principe de proportionnalité entre les fautes commises et la sanction prononcée.

Les sommes auxquelles le dirigeant est condamné rentrent dans le patrimoine du débiteur et sont réparties entre les créanciers en proportion de leurs créances, "au marc le franc". Un tel système permet d'assurer des distributions d'argent aux créanciers chirographaires.

La moralisation du comportement des dirigeants se traduit donc par un report sur leur propre patrimoine des dettes de la société dirigée. C'est aussi ce fondement qui inspire la loi n°2012-346 du 12 mars 2012 - dite Pétroplus- qui permet de prendre des mesures conservatoires sur les biens des tiers (qui peuvent être des dirigeants) ayant par leur comportement conduit une société à la cessation des paiements et au redressement judiciaire.

Dans d'autres hypothèses, ce souci de moralisation impose aux dirigeants qu'ils répondent des choix qu'ils ont effectués.

## **B- La sanction des choix effectués**

10- Dans la procédure de redressement judiciaire, diverses mesures ont pour but d'imposer aux dirigeants qu'ils supportent les conséquences de leurs erreurs de gestion. Leur finalité est variable. Certaines visent à interdire aux dirigeants d'abandonner la société qu'ils ont conduit à la cessation des paiements. Une autre a pour objet de les évincer de la société dirigée.

1°) 11- Dès le jugement d'ouverture, l'article L.631-10 du code de commerce dispose que "*les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent à peine de nullité, céder les parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital représentant leurs droits sociaux dans les sociétés ayant fait l'objet du jugement d'ouverture*", si ce n'est avec l'autorisation du tribunal. On leur interdit, en somme, de quitter le navire qu'ils ont contribué à faire couler...

Prévue au cours de la période d'observation, cette mesure d'incessibilité des titres sociaux peut être reprise dans le plan de redressement ( C.com. L.631-19-1). Le tribunal désigne alors un mandataire de justice afin qu'il exerce le droit de vote attaché aux titres devenus incessibles.

2°) 12- Dans un autre cas, les dirigeants peuvent être évincés de la direction de la société alors qu'en principe, dans le redressement judiciaire, les dirigeants sont maintenus dans leurs fonctions.

L'article L.631-19-1 du code de commerce prévoit, en effet, 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 de plusieurs dirigeants de l'entreprise.

Cette mesure grave, attentatoire au fonctionnement des sociétés commerciales, n'est susceptible d' être prise que dans un

cadre strict. Le ministère public peut seul en prendre l'initiative et parce que le redressement de l'entreprise n'est pas envisageable avec le maintien de la direction en place. En outre, cette sanction est inapplicable aux professionnels libéraux.

La volonté du législateur de moraliser le comportement des dirigeants est ici patente. Un tel souci de moralisation du droit des entreprises en difficulté s'étend aussi - et le phénomène est plus récent- aux associés.

## **2- LA MORALISATION DU COMPORTEMENT DES ASSOCIES**

13- Dans les sociétés commerciales ou civiles, le pouvoir appartient aux associés qui décident en assemblée et particulièrement en assemblée générale extraordinaire, dans les S.A. , des mesures les plus graves, telles les augmentations ou réductions du capital. Ils peuvent donc faire obstacle à des mesures de redressement de la société qui ne seraient pas conformes à leur intérêt personnel. Mais, la propriété entraînant le pouvoir, leurs décisions ne peuvent être, en principe, contournées. Traditionnellement le droit des entreprises en difficulté cède devant le respect du droit des sociétés.

14- Ce sont ces principes qui sont édulcorés par les réformes les plus récentes issues de l'ordonnance du 12 mars 2014 et de la loi du 6 août 2015.

De manière exceptionnelle, le tribunal saisi d'une procédure de redressement judiciaire a la faculté de réduire, voire de supprimer, les droits des actionnaires pour préserver le maintien de l'activité (A). En toute hypothèse, ceux-ci doivent exécuter les engagements qu'ils avaient pris à l'égard de la société avant qu'elle ne soit en difficulté (B).

### **A- Les atteintes aux droits des associés pour assurer la survie de l'entreprise**

15- Elles ne sont possibles que dans des circonstances très

particulières car les atteintes portées au droit de propriété de l'associé doivent être strictement encadrées. Il n'empêche que les mesures prises par le tribunal dans un souci de moralisation du comportement des associés constituent des limitations très graves à leurs prérogatives. Elles se traduisent, en effet, soit par une obligation de reconstituer le capital, soit par une adoption forcée du plan de redressement.

16-1°) ***La reconstitution des capitaux propres*** peut être imposée par le tribunal lorsqu'ils sont devenus inférieurs à la moitié du capital social. La société fait donc des pertes graves. En pareil cas, l'article L.626-3 du code de commerce exige qu'il soit procédé à une réduction du capital par annulation des titres (éviction des associés), puis à une augmentation de capital au profit d'un ou plusieurs repreneurs. Si l'assemblée des associés ne procède pas à cette reconstitution, l'article L.631-19-1 dispose que l'administrateur judiciaire peut demander, par voie d'assignation, au tribunal qu'il désigne un mandataire ad hoc qui sera chargé de réunir l'assemblée et de voter l'augmentation de capital à la hauteur prévue par le texte. Le mandataire vote au lieu et place des actionnaires récalcitrants. Ces dispositions ont pour objet d'imposer aux associés, en cas de perte des capitaux propres, la reconstitution du capital même s'ils refusent d'y procéder eux-mêmes dans l'hypothèse où une reprise interne est envisagée.

17-2°) La loi Macron du 6 août 2015 les a complétées en prévoyant une possibilité de cession forcée des titres dans le cadre d'un ***plan de redressement par reprise interne***.

Les conditions de l'intervention du tribunal sont alors très restrictives : il convient que l'entreprise emploie au moins 150 salariés ou contrôle des entreprises réunissant un tel effectif, que la cessation de l'activité soit de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi et que les possibilités de cession totale ou partielle, c'est-à-dire de reprise externe ait été examinée en vain. Enfin les actionnaires ont refusé de voter une augmentation de capital au profit d'un repreneur déterminé qui s'engage pourtant à maintenir l'activité

et à supprimer le trouble.

Si ces conditions sont remplies, le tribunal peut prendre deux types de mesures, de dilution ou de cession forcée des titres.

Dans le premier cas, le tribunal désigne un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés et des actionnaires l'ayant refusée. C'est une mesure de dilution des voix des associés qui est ainsi adoptée.

La seconde possibilité est beaucoup plus radicale puisque le tribunal peut ordonner la cession de tout ou partie des droits sociaux détenus par les associés qui se sont opposés à la modification du capital lorsqu'ils sont majoritaires en droit de vote ou disposent d'une minorité de blocage. Les autres associés peuvent alors se retirer de la société et demander le rachat de leurs droits sociaux par le cessionnaire. Un expert doit être désigné par le président du tribunal lorsqu'un accord sur le prix des droits sociaux des associés opposants ou retrayants n'a pu être obtenu. Cette éviction des associés qui se retrouve également dans d'autres législations, Allemagne et Royaume-Uni par exemple, a été validée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 5 août 2015<sup>1</sup>.

Elle a pour objet de faire peser sur les actionnaires la responsabilité de leur comportement négatif mais n'est justifiée que dans des circonstances exceptionnelles tenant à la nécessité de maintenir l'activité d'une entreprise porteuse d'emplois.

Plus traditionnelle est l'obligation faite aux associés de respecter les engagements pris.

## **B- L'obligation de respecter les engagement initiaux**

18- Le capital social, dans certains types de sociétés peut n'être pas immédiatement libéré. C'est le cas notamment dans les

---

<sup>1</sup> n°2015-486

sociétés anonymes. Dans l'hypothèse où il en serait ainsi au moment de l'ouverture de la procédure collective, le code de commerce prévoit l'obligation de procéder à la libération du non-versé et donne pouvoir au mandataire judiciaire d'y procéder en cas de refus.

19-1°) L'article L.624-20 introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014, énonce, en effet, que " *le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social*". Cette solution n'était imposée auparavant qu'en cas de liquidation judiciaire en raison de la dissolution de plein droit des sociétés en liquidation prévue par l'article 1844-7,7° du code civil et de la déchéance du terme. Elle est désormais commune à toutes les procédures judiciaires: sauvegarde, redressement et liquidations judiciaires.

20-2°) L'article L.622-20 reconnaît au mandataire judiciaire qualité pour mettre en demeure un associé ou un actionnaire de verser les sommes restant dûes sur le montant des parts et actions souscrites par lui. Cette mise en demeure est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La moralisation du droit des entreprises en difficulté passe par l'exécution des engagements pris au moment de la constitution de la société ce qui ne constitue pas une aggravation de la situation des associés mais donne des fonds propres à l'entreprise au moment où elle en a besoin.

*En conclusion*, s'installe dans notre législation l'idée qu'il serait immoral de faire supporter tout le poids de la défaillance des sociétés aux créanciers ou aux dirigeants fautifs. Les associés et actionnaires doivent aussi contribuer au redressement de l'entreprise, d'abord en honorant leur obligation d'apport au capital initial et ensuite en cours de vie sociale, en ne s'opposant pas à une augmentation de capital avec reprise interne lorsqu'il s'agit de la seule solution pour assurer la pérennité d'une société dont la disparition aurait des conséquences sur l'emploi et sur l'économie régionale ou nationale.

En somme, la protection du droit de propriété de l'actionnaire cède devant les exigences du redressement des entreprises et de la sauvegarde de l'emploi et pour la première fois...le droit des entreprises en difficulté bât en brèche le droit des sociétés.

*Toulouse, Octobre 2016*